

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No tiene término de caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No hay término y no le es aplicable el artículo 38 del C.C.A.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 2 de abril de 1998, exp. 4438, C. P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez y de 31 de agosto de 2000, C.P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola), en el sentido de que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene un término de caducidad. En efecto, en las providencias citadas se sostuvo: “Como bien lo afirmó el fallador de primera instancia, el artículo 38 del C.C.A. se refiere a la caducidad de las sanciones, teniéndose que el fallo con responsabilidad fiscal no es una sanción, pues éstas son, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 42 de 1993, la amonestación, la multa, la remoción y la suspensión, todas ellas consecuencia de un proceso disciplinario, en tanto que el fallo con responsabilidad fiscal es el resultado del juicio fiscal, el cual es definido por el artículo 79 de la Ley 42 de 1993.” “Examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que “En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso”, la Sala considera que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, de una parte, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo. “En efecto, prescribe el artículo en cita: ‘Artículo 17.- Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal’. (sentencia de 14 de julio de 1995, exp. núm. 5098, actor, José Estiliano Acosta Vélez, Consejero Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna)”.

FENECIMIENTO SIN OBSERVACIONES - No adquiere firmeza / FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - El fenecimiento sin observaciones es la excepción a este principio / CONTROL FISCAL - Los fenecimientos sin observaciones no adquieren firmeza y pueden ser levantados en cualquier momento / LEVANTAMIENTO DEL FENECIMIENTO - Legalidad por excepción a la firmeza de fenecimientos sin observaciones

Para declarar la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, la Corte en Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994, sostuvo lo siguiente: “... 13. Desde el punto de vista fiscal quizá no resulte objetable - y por el contrario se juzgue conveniente para cerrar el ciclo del gasto y del control - la pretensión de que los actos de calificación de las rendiciones de cuentas presentadas por los funcionarios del erario, adquieran firmeza. Esto es, que los fenecimientos sean en principio definitivos. La regla absoluta, sin excepciones, empero, no podrá ser aceptada. A este respecto debe tomarse en consideración que al examinar una cuenta y ordenar su fenecimiento sin observaciones, los órganos de control de la gestión fiscal se basan en sus soportes y en los elementos de conocimiento y de juicio objetivos y adecuados a la situación sujeta a su escrutinio. “Puede ocurrir, sin embargo, que el funcionario del erario apele a maniobras y engaños para inducir al órgano de control a error, y evitar eficazmente que éste deje de advertir un alcance que, sin mediar esta conducta, habría podido ser observado y, por lo tanto, investigado y sancionado. También puede acaecer que al disponer el fenecimiento sin observaciones de una cuenta, el fiscalizador no haya podido inferir, por falta de pruebas en ese momento, las graves irregularidades que han rodeado la operación

y que por ese motivo no se glosan. “La Ley 42 de 1993, como se ha visto, decidió no otorgarle el carácter de cosa decidida en materia de control fiscal a los fenecimientos respecto de los cuales con posterioridad aparecieran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares, lo que indefectiblemente determina su levantamiento. “...el ordenamiento no ampara situaciones originadas en el engaño, la mala fe y el quebrantamiento de la ley. “...el actor pretende equivocadamente parapetarse detrás del principio de seguridad jurídica para mantener la intangibilidad de operaciones ilegales y fraudulentas, ignorando que el juicio del legislador fue manifiestamente adverso a las mismas. A partir del incumplimiento de la ley y del dolo no pueden construirse derechos e inmunidades y, menos aún, por los responsables de los dineros públicos de quienes se espera pulcritud y probidad a toda prueba. La ley no ha querido supeditar a una seguridad jurídica mal entendida, la validez de los principios superiores de la legalidad del gasto, esencial en una democracia, y de la honradez y transparencia en el manejo del erario público, fundamental para mantener la confianza ciudadana y la fe en sus instituciones y en sus gobernantes, razones potísimas para negar validez a los fenecimientos de cuentas relacionadas con operaciones irregulares o fraudulentas y para exigir que los responsables respondan por los faltantes”.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No tiene término de caducidad bajo la ley 42 de 1993 / FENECIMIENTO FISCAL - No son actos definitivos y pueden levantarse en cualquier momento

Para esta Corporación, las anteriores consideraciones de la Corte Constitucional en sentencia C-046 de 1994, no dejan duda alguna de que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene un término de caducidad, ya que si se produce el levantamiento del fenecimiento de la cuenta, por encontrarse pruebas de operaciones irregulares relacionadas con ella, la consecuencia lógica es que se inicie el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, pues, de no ser así, no tendría sentido alguno la nueva revisión. Teniendo en cuenta que la revisión de cuentas es definida por el artículo 14 de la Ley 42 de 1993 como “... el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”, la Sala considera que al aparecer nuevos elementos de juicio que desvirtúen que las actuaciones de los responsables del erario se ciñeron a los principios en la norma anteriormente transcrita, con fundamento en el artículo 17, ibídem, puede la Administración reabrir la cuenta y, consecuentemente, dar inicio al juicio de responsabilidad fiscal, el cual concluirá con fallo con o sin responsabilidad fiscal (artículo 81, ibídem). Adicionalmente, la Sala observa que si bien es cierto que a la Corte Constitucional le compete la guarda de la Constitución Política, también lo es que al Consejo de Estado, como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo también le compete su guarda, razón por la cual al no haber sido declarado inexecutable el artículo 17 de la Ley 142 de 1993 que, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-046 de 1994, establece una excepción a la regla general del carácter definitivo de los fenecimientos fiscales, excepción que “en razón de la vigencia del valor superior de la rectitud en el manejo de los dineros públicos, tiene pleno sustento en la Carta Política”, esta Corporación concluye que con base en la última norma citada, bien pueden las Contralorías levantar, en cualquier momento, el fenecimiento de las cuentas, siempre que aparezcan pruebas

sobre operaciones fraudulentas o irregulares y, si es el del caso, abrir el respectivo juicio fiscal.

E.E.E.B. - El ordenador del gasto es el Gerente / ORDENADOR DEL GASTO - En las entidades descentralizadas lo es el representante legal y no puede delegarse dicha facultad / CULPA IN VIGILANDO - Configuración respecto de subalternos / DELEGACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL GASTO - Prohibición por el código fiscal de Bogotá

Sostiene el actor que no ejerció como ordenador del gasto en la negociación de los predios, cuyos sobrecostos dieron como resultado los autos de fenecimiento con responsabilidad fiscal por un valor total de cuatrocientos veintiocho millones seiscientos noventa y nueve mil quinientos setenta y tres pesos (\$428.699.573.00), ya que mediante acta núm. 944 de 25 de enero de 1984 la Junta Directiva de la EEEB delegó en el Subgerente Administrativo la ordenación de los gastos correspondientes a la adquisición de los predios del PHG. Sobre el particular, esta Corporación considera que si bien es cierto que en el acta en mención se aprobó que “...el Subgerente Administrativo sea el ordenador de los gastos correspondientes a la adquisición de los predios pendientes por adquirir hasta terminar el proyecto Guavio”, también lo es que dicha autorización no era posible, dado que tanto el Acuerdo 9 de 1976, como el Acuerdo 6 de 1985, vigentes para la época en que el actor se desempeñó como Gerente de la EEEB (31 de julio de 1985 y 20 de agosto de 1986) disponían en sus artículos 117, parágrafo 2, y 158, respectivamente, que en las entidades descentralizadas el ordenador del gasto es su representante legal. Sobre dicho aspecto, esta Sección ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia de 11 de febrero de 1999, expediente núm. 3107, actor: Javier García Bejarano, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola, cuando en un asunto similar sostuvo: “Autorizado el Gerente por la Junta Directiva para delegar la firma en las promesas de compraventa y en las escrituras públicas de compra... y visto que de acuerdo con el Código Fiscal y los Estatutos de la empresa su labor fue la de atender la gestión diaria de los negocios y actividades de la empresa, no es posible tratar de descargar su responsabilidad en quienes desempeñaban labores bajo su dirección y mando. Esa figura, conforme la define el Código Civil (art. 63) genera la llamada culpa in vigilando cuya presencia no releva de responsabilidad a quien incurre en ella”. Y más adelante agregó que, “... el Código Fiscal del Distrito excluyó la posibilidad de delegar la facultad de ordenación del gasto y sí la permitió en cuanto hace al pago”.

HIDROELÉCTRICA DEL GUAVIO - Sobrecostos en los predios adquiridos / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Legalidad

La Sala advierte que el demandante no logró desvirtuar que los sobrecostos en los predios adquiridos con ocasión del PHG fueron injustificados, tal y como se determinó en el dictamen pericial rendido dentro del juicio de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos (folio 117 del cuaderno del cuaderno de antecedentes administrativos): “b. Se presentaron sobrecostos en la adquisición de los predios por el doble avalúo efectuado a los mismos (avalúo IGA + avalúo EEEB). “c. Hubo sobrecostos al exceder las áreas de las mejoras valuadas por la empresa al área real adquirida por escritura pública. “d. Existieron sobrecostos al adquirir por separado los predios valuados y posteriormente las mejoras sobre el mismo

predio. “e. El valor que aparece en la escritura pública difiere al valor real pagado”. Como quiera que los actos acusados conservan la presunción de legalidad que los ampara, se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dos (2.002)

Radicación número: 25000-23-24-000-1994-04586-01(7211)

Actor: ALVARO PACHÓN MUÑOZ

Demandado: CONTRALORÍA DE BOGOTÁ

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 8 de marzo de 2001, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo con respecto al Aviso de Observaciones y denegó las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA

ALVARO PACHÓN MUÑOZ, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que acceda a las siguientes

I. 1. 1. Pretensiones

1°. Que declare la nulidad del Aviso de Observaciones núm. 28 de 4 de mayo de 1993, proferido por la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría de Santafé de Bogotá.

2°. Que declare la nulidad del Auto de Fenecimiento 134 de 14 de septiembre de 1993, proferido por la División de Investigaciones Fiscales de la Contraloría de Santafé de Bogotá, que le fijó una responsabilidad por cuatrocientos veintiocho millones seiscientos noventa y nueve mil quinientos setenta y tres pesos (\$428.699.573.00).

3°. Que declare la nulidad del Auto núm. 8 de 25 de marzo de 1994, emanado del Contralor de Santafé de Bogotá, mediante el cual confirmó el auto identificado en el numeral anterior.

4°. Que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al pago de todos los perjuicios causados con la actuación seguida, los cuales tasa en cien millones de pesos (\$100.000.000) o lo que se demuestre en el proceso.

5°. Que se decrete el fenecimiento del juicio fiscal de cuentas iniciado con el Aviso de Observaciones núm. 28 de 4 de mayo de 1993.

6°. Que se ordene la publicación de la sentencia en los periódicos de Bogotá.

I.1.2. Hechos

ALVARO PACHÓN MUÑOZ ejerció el cargo de Gerente General de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá durante el período comprendido entre el 31 de julio de 1985 y el 20 de agosto de 1986, durante el cual se

estaba ejecutando el Proyecto Hidroeléctrico del Guavio.

La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de conformidad con sus estatutos, era una entidad descentralizada del orden distrital y su dirección está a cargo de la Junta Directiva y del Gerente quien es su representante legal y quien ejecuta las decisiones de la Junta Directiva, de conformidad con sus estatutos y el artículo 30 del Acuerdo 7 de 1977.

De acuerdo con el Manual de Funciones de 1981, eran funciones del Gerente General las previstas en el artículo duodécimo de sus Estatutos; las que señalen los acuerdos distritales; y las contempladas en los artículos 37 y 38 del Acuerdo 7 de 1977, del Concejo Distrital de Bogotá.

La facultad de ordenar el gasto, durante el tiempo en que el actor ejerció el cargo de Gerente General, estuvo en cabeza de funcionarios diferentes a éste, por delegación realizada directamente por la Junta Directiva de la entidad.

En efecto, mediante la Resolución 4 de 28 de mayo de 1980, la Junta Directiva de la EEEB autorizó al Gerente General para adquirir mediante negociación directa los inmuebles necesarios para la construcción de la Central Hidroeléctrica del Guavio, determinó los factores que inciden en los avalúos correspondientes, y ordenó la creación de un Fondo Rotatorio, con el fin de atender el pago de los predios adquiridos mediante negociación directa.

Mediante la Resolución 78 del 13 de agosto de 1980, el Gerente General reglamentó el funcionamiento del Fondo Rotatorio y dispuso que tal Fondo sería manejado por el Jefe de la División de Procuraduría de Bienes. Asimismo dispuso que los giros, para efectos de esa cuenta, se harían por el Tesorero General de la Empresa, con base en la cuenta de cobro formulada por el Jefe de la División de la Procuraduría de Bienes y visada por la

Subgerencia Administrativa y Financiera de la entidad.

Mediante la Resolución 5 de 6 de mayo de 1980, la Junta Directiva de la EEEB estableció que la ordenación del gasto, con cargo a la Cuenta Especial del Proyecto Guavio, estaría en cabeza del Comité de Gerencia.

La Resolución 54 de 25 de junio de 1981, expedida por el Gerente General, dispuso que la Cuenta Especial funcionaría bajo la responsabilidad del Tesorero General de la EEEB, quien a su vez era la única persona que podía girar cheques, previo el visto bueno del Revisor Fiscal o de su delegado.

Mediante la Resolución 17 de 10 de noviembre de 1981, la Junta Directiva de la EEEB estableció que el responsable del manejo de la Cuenta Especial debería entregar a la Subgerencia Financiera la documentación que respaldara y comprobara los pagos efectuados, debidamente visados por el Revisor Fiscal.

Mediante la Resolución 888 de 30 de junio de 1982 la Junta Directiva designó como ordenador del gasto al Subgerente Técnico.

Mediante Acta núm. 944 de 25 de enero de 1984, la Junta Directiva de la EEEB designó como ordenador del gasto para la adquisición de predios del Guavio al Subgerente Administrativo de la Empresa, y se expidió la resolución que ejecutaba las decisiones tomadas por dicha Junta y plasmadas en la citada acta, resolución a la cual no se pudo tener acceso por vía de petición a la EEEB.

Mediante Resolución 6 del 7 de febrero de 1984, el Gerente General dispuso que los cheques deberían firmarse por el Tesorero General de la Empresa y el Jefe de la Oficina Bogotá del Departamento de Adquisición de Predios del PHG.

Mediante Resolución 30 de 22 de diciembre de 1988, la Junta Directiva determinó trasladar el Departamento de Adquisición de Predios, dependiente de la Subgerencia Administrativa, a la Subgerencia del Proyecto Guavio. Adicionalmente, estableció que en adelante la ordenación de gastos para la adquisición de predios y servidumbres necesarios para la construcción del PHG sería efectuada por el Subgerente Proyecto Guavio.

Es claro, entonces, que durante el período comprendido entre el 31 de julio de 1985 y el 20 de agosto de 1986, durante el cual el actor desempeñó el cargo de Gerente General de la EEEB, el ordenador del gasto para la compra de los predios necesarios para la construcción del PHG, era el Subgerente Administrativo de la Empresa.

El Nuevo Código Fiscal para Bogotá, Acuerdo 6 de 9 de septiembre de 1985 del Concejo de Bogotá, cuya vigencia inició el 10 de septiembre del mismo año, siguió estableciendo que el ordenador del gasto para las entidades descentralizadas era el representante legal. Sin embargo, tal facultad era delegable de conformidad con el Acuerdo 7 de 1977 y con el artículo 158 del Acuerdo 6 de 1985.

El Acta 944 de 25 de enero de 1984 de la Junta Directiva de la EEEB siguió vigente y, en tal virtud, el Subgerente Administrativo continuó desempeñando la función de ordenador del gasto hasta el 22 de diciembre de 1988, fecha en que la Junta Directiva de la Empresa expidió la Resolución 30.

Después de más de cinco años de que el actor hubiera dejado de ser el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá se le notificó el Aviso Oficial de Observaciones núm. 28 de 4 de mayo de 1993, con el cual se inició el juicio fiscal de cuentas que culminó con el auto de fenecimiento núm. 134 de 14 de septiembre de 1993, que le fijó una responsabilidad por cuatrocientos veintiocho millones seiscientos noventa y nueve mil quinientos setenta y tres

pesos (\$428.699.573.00).

Contra dicho auto fue interpuesto el recurso de apelación, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante Auto núm. 8 de 25 de marzo de 1994.

I.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la parte actora señala como violados los artículos 37 de la Constitución Política de 1886; 28, 141 y 211 de la Constitución Política de 1991; 8º de la Ley 153 de 1887; 6º de la Ley 13 de 1984; 1º y 38 del C.C.A.; 536, 548, 588, 616 y 641 del Acuerdo 9 de 1976; 107, 158, 536, 556 y 564 del Acuerdo 6 de 1985; 75 del Decreto 3135 de 1968; y el Decreto 1421 de 1993, para lo cual estructura las siguientes censuras:

1.- Los artículos 548 y 616 del Acuerdo 9 de 1976 fueron violados por aplicación indebida, al igual que el artículo 536 del Acuerdo 6 de 1985, ya que el actor no era empleado de manejo, porque dentro de sus funciones no figuraban las allí enunciadas.

2.- El actor no era el ordenador del gasto para la adquisición de predios para la construcción del PHG, pues una cosa es ser el ordenador del gasto, y otra el ordenador del pago, pues el primero compromete con capacidad, económicamente al organismo público, en tanto que el segundo autoriza el pago de un organismo público, previa autorización del gasto.

Adicionalmente, debe observarse que existe diferencia entre el concepto de ordenador del gasto y el de representante legal, aunque en algunas ocasiones puede coincidir en el mismo funcionario.

De conformidad con los Acuerdos 9 de 1976 y 6 de 1985, el ordenador

del gasto para las empresas descentralizadas del Distrito Especial era el representante legal, facultad que podía delegarse, según lo dispuesto en los artículos 38 y 158 de los acuerdos citados, respectivamente.

Según los artículos 158 y 107 del Acuerdo 6 de 1985, existían dos facultades: la de ser ordenador del gasto y la de ser ordenador del pago, las cuales eran o no delegables, dependiendo de cada circunstancia, así:

En la Administración Central Distrital, los ordenadores del gasto eran el Secretario General del Concejo, el Personero, el Tesorero, el Contralor, el Alcalde Mayor, los Secretarios del Despacho y los Directores de los Departamentos Administrativos o sus delegados.

Los ordenadores de gasto de los Fondos Rotatorios eran los jefes de la dependencia respectiva o representantes legales.

En las entidades descentralizadas, el ordenador del gasto era su representante legal.

En las dependencias de la administración central y fondos rotatorios la ordenación del gasto correspondía al respectivo jefe de la dependencia, quien no podría delegarla.

En las entidades descentralizadas el ordenador del pago era el representante legal o sus delegados.

El actor nunca fue ordenador del gasto para el PHG, por cuanto la Junta Directiva de la EEEB atribuyó dicha facultad al Subgerente Técnico por medio de la Resolución 888 de 30 de junio de 1982 y, posteriormente, mediante acta 944 de 25 de enero de 1984, designó como ordenador del gasto al Subgerente Administrativo.

3- Se violó el artículo 211 de la Constitución Política, según el cual la delegación exime de toda responsabilidad al delegante.

Lo anterior, por cuanto si de conformidad con lo enunciado se exime de responsabilidad al delegante, con mayor razón se eximirá de responsabilidad a quien no delegó.

En efecto, la delegación de la facultad de ordenar el gasto para la adquisición de predios para el PHG la hizo la Junta Directiva de la EEEB, primero en el Subgerente Técnico y posteriormente en el Subgerente Administrativo. Asimismo, el actor no revocó ni reformó los actos que expidieron dichos funcionarios en desarrollo de tal facultad y, por lo tanto, no puede responsabilizársele por tal hecho.

4- Los actos en virtud de los cuales la Junta Directiva hizo la delegación mencionada gozan de la presunción de legalidad, como también gozan de la misma las actuaciones con base en ellos desarrolladas.

5- De conformidad con el artículo 37 de la Constitución Política de 1886 no existen obligaciones irredimibles, lo cual significa que todas las obligaciones, independientemente de su naturaleza y causa, gozan de un tiempo de vigencia, vencido el cual no puede accionarse.

En el evento de no existir un tiempo específico de prescripción y/o caducidad, hay que acudir a normas de carácter general que regulan la materia.

Teniendo en cuenta que en las normas del procedimiento fiscal no existe término de caducidad o prescripción, debe darse aplicación a los artículos 1º y 38 del C.C.A., 8º de la Ley 153 de 1887, 28 de la Constitución

Política de 1991, y 6º de la Ley 13 de 1984, concluyendo que para el 4 de mayo de 1993 había transcurrido los término de tres y cinco años de que tratan la primera y la última de las normas citadas.

6- Los artículos 641 del Acuerdo 6 de 1985 y 634 del Acuerdo 9 de 1976 fueron violados, porque la reapertura de los juicios fiscales sólo se puede hacer cuando aparezcan pruebas de la existencia de operaciones fraudulentas o irregulares, para lo cual el Contralor dictará una resolución motivada que revoque el fenecimiento, ordenando la reapertura del correspondiente juicio fiscal de cuentas.

El Aviso de Observaciones núm. 28 de 4 de mayo de 1993 no estuvo precedido de una resolución del Contralor, ni mucho menos se fundó en la existencia de pruebas que hubieran aparecido.

Debe tenerse en cuenta que durante la vigencia del Acuerdo 9 de 1976 había el control previo del gasto, adelantado por la Revisoría Fiscal de la Empresa de Energía de Bogotá, razón por la cual si una operación no cumplía con los requisitos exigidos por las disposiciones fiscales, no era autorizada por el Revisor Fiscal.

Durante la vigencia del Acuerdo 6 de 1985 existía un control posterior del gasto y toda actuación concerniente al mismo estaba precedida de un estudio adelantado por el Revisor Fiscal, en donde se decía: *“Una vez efectuado el control posterior me permito enviar debidamente aprobada la carpeta contentiva de la negociación referenciada, por tanto cumple con los requisitos señalados por el Código Fiscal y demás disposiciones concordantes”*.

El aviso de observaciones de 4 de mayo de 1993 no se basó en prueba alguna, sino en una opinión de la Contraloría de Bogotá, según la cual las

operaciones realizadas para la adquisición de los predios necesarios para la construcción de la Represa del Guavio no cumplían con los requisitos exigidos por las leyes. Si en gracia de discusión se admitiera que dicha opinión es correcta, no era conducente proceder a reabrir el juicio fiscal de cuentas, dado que una opinión no es una prueba.

7- El artículo 75 del Decreto 3135 de 1968 fue desconocido, pues atribuía al Revisor Fiscal el control fiscal de las empresas descentralizadas del Distrito Especial. Dado su carácter de norma especial, primaba sobre cualquier disposición que atribuyera de manera general el control fiscal al Contralor del Distrito Especial de Bogotá, de conformidad con el principio según el cual la ley particular prima sobre la general.

En consecuencia, cuando el 4 de mayo de 1993, fecha para la cual se encontraba vigente el Decreto 3135 de 1968, el Contralor Distrital dictó la providencia ordenando reabrir el juicio fiscal de cuentas, actuó sin competencia alguna para hacerlo y desconoció el principio fundamental de que los funcionarios públicos sólo pueden ejercer las funciones que la ley o los reglamentos les asignen.

Sólo a partir del 21 de julio de 1993, fecha en que entró en vigencia el Decreto 1421 de 1993 que suprimió el cargo de Revisor Fiscal en las empresas descentralizadas del Distrito Capital de Bogotá, el Contralor puede considerar que las normas generales le atribuyen el control fiscal de las empresas descentralizadas de Bogotá, ya que las leyes rigen a partir de su publicación.

En relación con los sobrecostos que se le imputan al demandante, se debe tener en cuenta que de conformidad con las Resoluciones 4 de 28 de mayo de 1980, 78 de 13 de agosto del mismo año y 54 del 25 de junio de 1981, el valor de los predios debía comprender, no sólo el avalúo del Instituto

Geográfico Agustín Codazzi, sino también el valor de las mejoras, servidumbres, cosechas y anexidades existentes; el de los perjuicios causados o que se causen con el desplazamiento de los propietarios de los predios a otros lugares, y el valor de todos los emolumentos que se causen por efecto de la legalización de las promesas, escrituras de compraventa, papel sellado, estampillas, gastos notariales y de registro.

I. 2. Contestación de la demanda

1.2.1. El apoderado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Distrito Capital, para defender la legalidad de los actos acusados señaló que al Gerente General, como representante legal y ordenador del gasto le competen funciones generales, que no por el hecho de ser delegadas pierde sobre ellas toda responsabilidad. El representante legal es un funcionario administrador y ejecutor que establece la oportunidad y conveniencia del gasto, como acto de gestión en el servicio que se le ha encomendado.

Los fenecimientos que decretan los órganos de control fiscal (para este caso los revisores fiscales) no alcanzan a controlar o detectar el dolo que se esconde en sus soportes, y es por ello que un fenecimiento se puede cambiar si las pruebas revelan realidades inicialmente no percibidas. No se puede pretender que en aras del principio de la seguridad jurídica se mantenga una operación ilegal o fraudulenta.

1.2.2. Por su parte, la apoderada de la Contraloría de Bogotá, D.C., afirmó que la delegación es un mecanismo transitorio por medio del cual se realiza la transferencia de competencias de un funcionario a otro y que para su materialización se requiere que exista un acto de autorización previo y un acto de delegación expedido por parte de aquel a quien le ha sido reconocida la competencia delegada. En tratándose de entidades descentralizadas a nivel distrital, el artículo 38 del Acuerdo 7 de 1977 estableció que sus

directores o gerentes podrían delegar en funcionarios de sus dependencias, hasta el nivel de Jefe de División, las funciones que les son propias, de acuerdo con las reglas que para tal efecto dicte la respectiva Junta Directiva, pero que no podrían subdelegar las funciones que la Junta les haya delegado.

A su turno, en el artículo duodécimo de los Estatutos de la EEEB se lee que es función del Gerente delegar, con autorización de la Junta Directiva, en los Subgerentes de la Empresa y en otros funcionarios cualesquiera de las funciones que le son propias o que le haya delegado la Junta.

En el caso que se analiza se advierte que ni la Junta Directiva tenía facultad para delegar la ordenación del gasto atribuida al representante legal de la EEEB por los Acuerdos 9 de 1977 y 6 de 1985, y que el presunto acto de delegación realizado tampoco cumplió con los requisitos exigidos por las normas vigentes, lo que no permite considerar que el mismo haya producido efectos jurídicos.

En los artículos 117 del Acuerdo 9 de 1976 y 158 del Acuerdo 6 de 1985 se asigna como una función de los representantes legales de las entidades descentralizadas servir como ordenadores del gasto, sin reconocer como una facultad de dicho funcionario la delegación de esa función, de donde se desprende que al no estar autorizada por el Código Fiscal no podía la Junta Directiva de la EEEB autorizar su delegación, pues de acuerdo con los principios generales del derecho, las disposiciones de un acuerdo priman sobre las proferidas por un organismo descentralizado en el orden municipal.

El actor incurre en un grave error cuando afirma que el Acta 944 de 25 de enero de 1984 asignó una delegación en la ordenación del gasto para la adquisición de predios del Guavio al Subgerente Administrativo, pues la Junta Directiva de la EEEB no tenía facultad ni competencia para modificar disposiciones contenidas en el Código Fiscal y que asignaron la ordenación

del gasto al representante legal.

No obstante lo anterior, y admitiendo, en gracia de discusión, que la Junta hubiese tenido la facultad de modificar las disposiciones sobre la ordenación del gasto, se observa que el Acta 944 tan sólo constituyó una aprobación al Gerente para que delegara su función de ordenación del gasto en el Subgerente Administrativo, por lo cual faltaba el acto de delegación que nunca fue expedido por el Gerente.

Los artículos 641 del Acuerdo 9 de 1976 y 564 del Acuerdo 6 de 1985 regulan los requisitos para que se pueda dar la reapertura de los juicios fiscales y parten del presupuesto de que exista a favor de los involucrados un auto de fenecimiento sin responsabilidad fiscal previo, para lo cual se requería que la EEEB hubiese presentado sus cuentas a la Contraloría y que producto de su revisión se llegara a la conclusión de que las actuaciones de ese organismo se ajustaban a los requisitos legales.

En el caso analizado la EEEB no presentó cuentas en relación con el PHG, razón por la cual la Contraloría nunca pudo proferir autos de fenecimiento con o sin responsabilidad fiscal, lo cual permite afirmar que, al no existir auto de fenecimiento sin responsabilidad fiscal, al decidirse iniciar el proceso de responsabilidad fiscal no era necesario observar los requisitos establecidos por los artículos 641 y 564 de los Acuerdos 9 de 1976 y 6 de 1985, respectivamente.

En cuanto a la presunta falta de competencia de la Contraloría de Bogotá para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, fundamentada en el artículo 75 del Decreto 3135 de 1968, debe observarse que el mismo sólo cuenta con 43 artículos y que, además, sus disposiciones regulan lo relativo a las relaciones laborales entre el Estado y sus empleados y trabajadores.

Finalmente, frente a la caducidad aducida, debe decirse que el artículo 38 del C.C.A. sólo es aplicable a los procesos sancionatorios, calidad que no tiene el proceso de responsabilidad fiscal, pues el mismo tiene una naturaleza eminentemente patrimonial y resarcitoria.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión recurrida, el fallador de primera instancia consideró:

El Tribunal no se ocupará de los artículos 37 de la Constitución Política de 1886, como tampoco de los artículos 28 y 141 de la Constitución Política vigente, ya que el actor no demostró de que manera fueron quebrantados, además de que la jurisprudencia y la doctrina han reiterado que los preceptos constitucionales se violan, generalmente, de manera indirecta, mediante el desconocimiento de las leyes que los desarrollan.

Agrega que tampoco hará pronunciamiento alguno respecto de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887; 75 del Decreto 3135 de 1968; 548 y 616 del Acuerdo 9 de 1976; 556, 564 y 643 del Acuerdo 6 de 1985; y del Decreto 1421 de 1993, pues el demandante no explicó su transgresión.

Señala que se inhibirá de conocer el Auto de Observaciones núm. 28 de 4 de mayo de 1993, dado que es un acto que no pone fin a la actuación administrativa y, por ende, no es susceptible de enjuiciamiento.

El actor quiere significar que sólo a partir del 21 de julio de 1993, fecha en entró en vigencia el Decreto 1421 de 1993, podía el Contralor ejercer el control fiscal en la EEEB, ya que desde que se creó la figura del Revisor Fiscal y hasta la fecha indicada era a ese funcionario a quien le correspondía dicho control.

El control fiscal propio de la Contraloría Distrital tiene remoto fundamento legal, del cual no está excluida la EEEB por el hecho de haber tenido un Revisor Fiscal, cuya órbita de competencia y funciones está bien diferenciada de la del Contralor.

En cuanto a que no se puede desconocer la presunción de legalidad de la Resolución 888 de 30 de junio de 1982, ni del Acta 944 de 25 de enero de 1984, expedidas por la Junta Directiva de la EEEB, debe decirse que la primera no fue aportada por el actor y que solicitada a la demandada ésta expresó que no existe, y que la segunda, si bien es cierto que aprobó que el Subgerente Administrativo sea el ordenador de los gastos correspondientes a la adquisición de predios pendientes por adquirir para la terminación del PHG, también lo es que el artículo duodécimo de los Estatutos establece como función del Gerente delegar, con autorización de la Junta Directiva, cualquiera de las funciones que le son propias, de donde se desprende que lo que decidió la Junta fue autorizar al Gerente para delegar en el Subgerente Administrativo la ordenación de los gastos para la adquisición de los predios del PHG, sin que aparezca el acto por medio del cual el Gerente llevó a cabo dicha delegación.

Además de lo anterior, el artículo 37 del Acuerdo 7 de 1977 prescribió que los Gerentes de las entidades descentralizadas distritales tendrían como atribución suscribir como su representante legal todos los actos y contratos que deban celebrarse, y el Acuerdo 9 de 1976, en su artículo 117, parágrafo 2, estableció que en las entidades descentralizadas el ordenador del gasto será su representante legal, en tanto que el artículo 106 del Acuerdo 6 de 1985 señaló que la facultad de ordenar gastos en las dependencias de la Administración Distrital corresponde al respectivo jefe.

De lo anterior fluye con claridad que la facultad de celebrar contratos y

ordenar los gastos en la EEEB no ha estado en cabeza del Subgerente Administrativo, razón por la cual el juicio de responsabilidad fiscal contra el Gerente no desconoce el principio de legalidad respecto del acta 944, en la que se autorizó una delegación que no aparece efectiva en autos.

De otra parte, debe observarse que la mención que hace el actor de los artículos 588 y 536 de los Acuerdos 9 de 1976 y 6 de 1985 es irrelevante, puesto que los actos acusados no le atribuyen al actor la calidad de empleado de manejo.

Aduce el demandante que la facultad de ordenar el gasto para la adquisición de los predios del proyecto tantas veces mencionado siempre estuvo en cabeza de funcionarios diferentes al Gerente General, y cita como fundamento de dicha afirmación las Resoluciones 4 de mayo de 1980 y 5 de mayo de 1981, dictadas por la Junta Directiva de la EEEB; y la Resolución 78 de 13 de agosto de 1980, expedida por el Gerente.

Se tiene que la Resolución 4 de 1980 dispuso en su artículo 1º autorizar al Gerente para adquirir directamente los predios necesarios para la construcción de la Central Hidroeléctrica del Guavio; en el 3º ordenó la creación de un Fondo Rotatorio para atender el pago de esos predios, manejado bajo la responsabilidad de la Procuraduría de Bienes; y en el 4º autorizó al Gerente para delegar la firma de las promesas de venta o escrituras de compraventa.

La Resolución 5 de 1981 modificó la denominación del Fondo Rotatorio por la de Cuenta Especial Proyecto Guavio y estableció que la ordenación de gastos con cargo a esa cuenta especial estaría en cabeza del Comité de Gerencia de la empresa, el cual era presidido por el Gerente General.

Podría entenderse que la Junta Directiva atribuyó, más no delegó, una

competencia al Comité de Gerencia en materia de ordenación del gasto, lo cual no es así, puesto que el Fondo Rotatorio se creó para atender el pago de los predios adquiridos para la construcción del PHG, finalidad que mantuvo el artículo 3º de la resolución en cita con un carácter exclusivo, lo que significa que lo que se atribuyó al Comité de Gerencia fue la ordenación del pago.

Además, de todas maneras la atribución de la ordenación del gasto al Comité de Gerencia contrariaba el artículo 117, parágrafo 2, del Acuerdo 9 de 1976, conforme al cual en las entidades descentralizadas el ordenador del gasto será su representante legal, que lo es en la EEEB el Gerente, por mandato del artículo duodécimo de los Estatutos.

Alega el actor que la Resolución 78 de 13 de agosto de 1980 de la Gerencia prescribió que los pagos con los dineros del Fondo se harían previa autorización del Comité de Gerencia y delegó en el Jefe de la Procuraduría de Bienes la facultad de suscribir en representación de la empresa las promesas de venta y las escrituras de compraventa hasta por la suma de un millón quinientos mil pesos.

Frente a los actos analizados el Tribunal opone las Resoluciones 2 de enero de 1985, "Por la cual se establece la cuantía hasta la cual el Gerente puede, por sí sólo, realizar actos y celebrar contratos"; 5 de 14 de mayo de 1986, en cuyo artículo 3º se delega en el Comité de Gerencia el conocimiento de todos los asuntos relacionados con el desarrollo de los contratos; y 9 del 6 de junio de 1986, en cuyo artículo 1º se autoriza al Gerente para delegar en los Subgerentes la función de suscribir los contratos de las respectivas Subgerencias, hasta por 30 millones de pesos, de donde se concluye que el actor, mientras fue Gerente, detentó en la EEEB la facultad de ordenar los gastos.

En cuanto a la aplicación del artículo 38 del C.C.A. con base en el cual

el actor aduce la caducidad que tiene el Contralor Distrital para deducir responsabilidad a través de un juicio fiscal, el a quo observa que el actor no hace un razonamiento adecuado tendiente a demostrar que la citada norma es aplicable por analogía y que, además, la Contraloría no hizo un examen de las cuentas que no rindió el Gerente, sino que ésta, haciendo uso de una atribución que le es permanente, ordenó adelantar una investigación en relación con anomalías que fueron de público conocimiento y cuyas consecuencias aún soporta la comunidad, investigación que condujo a que se iniciara un juicio fiscal de responsabilidad.

Teniendo en cuenta que el actor no probó dentro de esta actuación procesal, como tampoco dentro del procedimiento administrativo, que finalizada su gestión como Gerente General hubiese entregado cuentas para el examen por parte del organismo competente para la vigilancia fiscal, no podían tener aplicación las normas relativas al término de prescripción citadas en la demanda y que parten del supuesto de rendición de cuentas.

Además, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de abril de 1998, exp. 4438, actor: Oscar Orrego Gómez, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, en relación con la caducidad del juicio de responsabilidad fiscal.

Finalmente, en cuanto a la alegada violación de los artículos 641 y 634 de los Acuerdos 9 de 1976 y 6 de 1985, basta afirmar que en la EEEB coexistían, sin ser excluyentes entre sí, el control a cargo del Revisor Fiscal – que era previo y perceptivo – y el que compete a la Contraloría Distrital, cuyo fundamento legal ya se demostró, y en virtud del cual ordenó la investigación que concluyó con la expedición de los actos acusados.

III. EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del actor recurrió el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitando su revocatoria, argumentando para el efecto lo siguiente:

1º. En la decisión contenida en el Acta 944 de 1984 de la Junta Directiva de la EEEB, en el sentido de autorizar al Gerente para delegar la función de adquirir los predios para el PHG, el demandante no tuvo ninguna injerencia.

La Sección Primera del Consejo de Estado, en auto de 29 de enero de 1998, proferido dentro del expediente 4767, con ponencia del Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, puso de manifiesto que las actas de cuerpos colegiados son auténticos actos administrativos, que están amparados por la presunción de legalidad hasta tanto no sean revocados, reformados o anulados, y que surten plenos efectos jurídicos, por lo cual deben ser acatados por quienes de una u otra forma resulten cobijados por ellos.

Así las cosas, en atención a que cuando el actor se vinculó a la EEEB hacía ya varios meses que su Junta Directiva había decidido mediante acto administrativo que la adquisición de predios y el ordenamiento de gastos correspondientes se hiciera por delegación de funciones en un empleado distinto del Gerente, mal podía éste gestionar los negocios jurídicos en cuestión e impartir las órdenes de gastos pertinentes, pues, de haberlo hecho, habría incurrido en responsabilidad por extralimitación de sus funciones.

De todas formas, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo séptimo de los Estatutos de la Empresa, "*El Subgerente administrativo reemplazará al Gerente General en sus faltas temporales, con sus mismas atribuciones...*", lo cual es prueba fehaciente de la legitimación estatutaria concedida al Subgerente Administrativo para actuar como representante legal de la empresa, a quien, como Gerente, le correspondía "*Ejecutar y hacer*

cumplir todas las disposiciones de la Junta Directiva”, según lo dispuesto en el literal f) del artículo duodécimo de los Estatutos, por lo cual se torna en irrelevante la discusión de si se produjo o no el acto de delegación por el Gerente al Subgerente Administrativo para la adquisición de los inmuebles para el PHG y la ordenación del gasto correspondiente.

En el Acta 944 se atribuyó la adquisición de predios al Departamento de Adquisición de Predios y el personal que lo conforma, y la ordenación de gastos por tal concepto al Subgerente Técnico, con lo cual se evidencia que, aún no existiendo la delegación en el Subgerente Administrativo, ninguna responsabilidad por tal concepto podría imputársele al Gerente de la Empresa.

4°. Al haber sido el Subgerente Administrativo quien efectuó las operaciones de adquisición de inmuebles, ordenó los gastos respectivos y acreditó la facultad para actuar como representante legal (bien porque demostró la delegación de facultades, o bien porque demostró ante las notarías la facultad estatutaria para actuar como representante legal), es indiscutible que el ordenador del gasto no fue otro que aquél, por lo cual no podía endilgársele responsabilidad fiscal al Gerente.

5°. La interpretación que hace el Tribunal en la sentencia apelada en el sentido de que la responsabilidad fiscal imputada al actor se ajustó a la ley porque *“la facultad de celebrar contratos y ordenar los gastos en la Empresa de Energía de Bogotá no ha estado en cabeza del Subgerente Administrativo”*, conduce a exonerar de responsabilidad a quien actúa y gasta, vale decir, a quien comete la infracción, al paso que se le imputa responsabilidad a quien no actúa ni gasta ni, por ende, ocasiona el gasto excesivo. El actor no solamente no fue quien ejerció la representación legal de la empresa en las operaciones de adquisición de inmuebles de que tratan los actos acusados, sino que tampoco fue quien ordenó los gastos ni los pagos

por cuyos excesos se determinó la responsabilidad fiscal, de suerte que es ilógico e injusto que se le impute responsabilidad por los aludidos excesos.

6°. El actor no rindió cuentas por concepto de gastos en las operaciones de adquisición de predios que dieron lugar a adelantar el juicio de responsabilidad fiscal en su contra, por la sencilla razón de que aquél no fue quien ejerció la representación legal de la empresa para dichos efectos.

7°. El demandante estuvo vinculado a la EEEB desde el 31 de julio de 1985 hasta el 20 de agosto de 1986, período sobre el cual versó el proceso que concluyó con los actos acusados.

Según jurisprudencia constitucional, la acción para el inicio del proceso caduca en el término de dos años contados a partir del acontecimiento o cesación de los hechos. El artículo 38 del C.C.A. establece que la facultad sancionatoria caduca a los tres años de producido el acto objeto de sanción.

Armonizado lo anterior, se concluye que en materia de responsabilidad fiscal la acción para el inicio del proceso caduca en el término de dos años, y la facultad sancionatoria en el término de tres años, ambos términos contados a partir de la ocurrencia o cesación de los hechos.

En el sub júdice, el término para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal venció el 20 de agosto de 1988 (fecha en que se consumó el bienio contado a partir del día en que el actor se desvinculó de la EEEB), al paso que el término para la imposición de la sanción venció el 20 de agosto de 1989 (fecha en que se consumó el trienio contado a partir del día en que el actor se desvinculó de la EEEB), no obstante lo cual el proceso de responsabilidad fiscal contra el demandante se inició mucho tiempo después.

Sobre la caducidad del juicio de responsabilidad fiscal, deben tenerse

en cuenta las siguientes providencias:

- La sentencia C-46 de 10 de febrero de 1994 de la Corte Constitucional, relativa a la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, puntualizó:

*“... Si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya (C.C.A, art. 136), el mismo término deberá predicarse **mutatis mutandis** de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado...”.*

- El concepto del 3 de octubre de 1995, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“...la Sala responde:

“4. El término de caducidad de la acción fiscal es de dos (2) años, contados a partir de la producción del acto o hecho.”

- El concepto emitido el 29 de julio de 1996 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

“La Sala responde:

“2. La acción fiscal caduca en el término de dos años contados a partir del ocurrimiento del acto o hecho ilícito que la motivó, tal como está previsto en el artículo 136 del C.C.A para la caducidad de la acción de reparación directa, aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, por remisión que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993.

“2.1. El proceso de responsabilidad fiscal, como toda actuación administrativa, debe adelantarse siguiendo los principios del debido proceso y los que rigen el ejercicio de la función fiscal y administrativa

(arts. 29, 267 y 209 de la Constitución) como son los de equidad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad y publicidad. En todo caso, las investigaciones administrativas indefinidas riñen con el principio del debido proceso y el derecho de defensa; y la sanción, si hubiere lugar a ella, deberá imponerse durante el término de tres años, de lo contrario caducará”.

- La sentencia de Tutela T-973 de 2 de diciembre de 1999, proferida por la Corte Constitucional:

“..., dada la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, y teniendo en cuenta que la Ley 42 no fijó término de caducidad de la acción, es preciso acudir para ello, según lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 42 de 1993, a las disposiciones del código contencioso administrativo que se refieren a la caducidad de las acciones. En efecto, éste precepto establece que ‘en los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el código contencioso administrativo o de procedimiento penal, según el caso’. Además, si bien es cierto que las normas del código contencioso administrativo son aplicables a las Contralorías por disposición del artículo 1º ibídem, también lo es que lo serán en la medida en que no exista norma especial al respecto, y que además no existiendo norma especial, la situación encuadre dentro del respectivo precepto.

“El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal.

“En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal sólo podrá iniciarse contra los funcionarios del erario a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta.

“Lo anterior, tiene fundamento en lo dispuesto por la Corporación en la sentencia C-046 de 1994, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la cual se señaló que ‘si el término de caducidad de dos años lo establece la ley para la acción de reparación directa enderezada

contra el Estado y cuyo objeto es el de deducir su responsabilidad por un hecho, omisión u operación suya, el mismo término deberá predicarse de la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal por parte de los organismos de control fiscal y que apunta a deducir la existencia, contenido y alcance de la responsabilidad fiscal de las personas que han manejado los intereses patrimoniales del Estado’.

“ ...

“3- En relación con la caducidad de la acción fiscal, contrario a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia citada, el Consejo de Estado mediante sentencia del 2 de abril de 1998, CP. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, señaló que ‘examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal (...)’, de lo que ‘se deduce que el juicio de responsabilidad fiscal carece de un término de caducidad para su iniciación’.

“Ahora, cabe preguntarse, cuál interpretación de la norma legal es la que se debe seguir en situaciones como ésta.

“Para resolver dicho interrogante, es preciso manifestar que frente a interpretaciones contrarias respecto de una misma norma legal como ocurre en el asunto sub examine, una de la Corte Constitucional que señala que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un término de caducidad de dos años para su iniciación, y otra del Consejo de Estado que establece que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene término de caducidad, prevalece por expresa disposición constitucional aquella efectuada por la Corte Constitucional, según lo dispone el artículo 243 de la Carta Política, ya que la interpretación de la Corte, a diferencia de la de los demás jueces, señala y explica el significado de la Constitución en su carácter de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa.

“Por consiguiente, es claro que en relación con el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, ha de prevalecer la interpretación que de la norma legal dio la Corte Constitucional en la sentencia C-046 de 1994, la que se aplicará en el caso sometido a revisión.

- La sentencia T-175 de 8 de abril de 1997, de la Corte Constitucional:

“Las sentencias de revisión pronunciadas por la Corte Constitucional, cuando interpretan el ordenamiento fundamental, construyen también doctrina constitucional, que, según lo dicho, debe ser acatada por los jueces, a falta de disposición legal expresa, al resolver sobre casos iguales a aquéllos que dieron lugar a la interpretación efectuada. No podría sustraerse tal función, que busca específicamente preservar el genuino alcance de la Carta Política en materia de derechos fundamentales, de la básica y genérica responsabilidad de la Corte, que, según el artículo 241 ibídem, consiste en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

“...Y es que resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina.

“Pero, además, de aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan sólo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela -aquellos escogidos discrecionalmente por la propia Corte- gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás -la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferiores de la jurisdicción”

Las anteriores providencias no fueron tenidas en cuenta por la sentencia apelada, razón por la cual, con base en ellas, se debe declarar la nulidad de los actos acusados, por caducidad de la acción para iniciar el juicio de responsabilidad fiscal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Primera Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 2 de abril de 1998, exp. 4438, actor: Oscar Orrego Gómez, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez y de 31 de agosto de 2000, actor: Roberto Cáceres Bolaños, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola), en el sentido de que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene un término de caducidad.

En efecto, en las providencias citadas se sostuvo:

“Si bien es cierto que las normas del C.C.A. son aplicables a las contralorías por expresa disposición de su artículo 1º, también lo es que lo serán en la medida de que, por una parte, no exista norma especial al respecto y, por otra parte, que no existiendo norma especial al respecto, la situación encuadre dentro del respectivo precepto.

“En el presente caso no se cita norma especial alguna que regule la caducidad en materia de juicios fiscales, razón por la cual debe examinarse el artículo 38 del C.C.A., que cita el actor como violado.

“Como bien lo afirmó el fallador de primera instancia, el artículo 38 del C.C.A. se refiere a la caducidad de las sanciones, teniéndose que el fallo con responsabilidad fiscal no es una sanción, pues éstas son, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 42 de 1993, la amonestación, la multa, la remoción y la suspensión, todas ellas consecuencia de un proceso disciplinario, en tanto que el fallo con responsabilidad fiscal es el resultado del juicio fiscal, el cual es definido por el artículo 79 de la

Ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

‘Artículo 79.- El juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación’.

“Examinado el texto de la Ley 42 de 1993, la Sala encuentra que la misma no fijó expresamente el término de caducidad para el juicio de responsabilidad fiscal y no obstante que el artículo 89 de la citada ley dispone que “En los aspectos no previstos en este capítulo se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento Penal según el caso”, la Sala considera que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, de una parte, el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, y, de otra parte, porque del contenido del artículo 17 de la citada ley se desprende que dicho juicio de responsabilidad fiscal puede ser iniciado en cualquier momento, lo cual implica que su ejercicio no está limitado en el tiempo.

“En efecto, prescribe el artículo en cita:

‘Artículo 17.- Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal’ (las negrillas son de la Sala).

“Si el fenecimiento de las cuentas puede levantarse en cualquier momento, siempre y cuando se den las condiciones previstas en la norma transcrita, forzoso es concluir que, de igual manera, en cualquier momento se podrá iniciar el juicio de responsabilidad fiscal, lo cual lleva a la Sala a desestimar el cargo en estudio, por considerar que el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable, pues, se reitera, del contenido del artículo 17 de la Ley 42 de 1993 se deduce que el juicio de responsabilidad fiscal carece de un término de caducidad para su iniciación, caducidad que ha sido definida por la doctrina y la jurisprudencia como ‘aquel fenómeno jurídico que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independiente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo; su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley que al señalar el término y el momento de su iniciación, precisa el término final invariable’ (sentencia de 14 de julio de 1995, exp. núm. 5098, actor, José Estiliano Acosta Vélez, Consejero Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna)”.

Ahora bien, en su recurso de apelación cita el recurrente una serie de sentencias de la Corte Constitucional y sendos conceptos de la Sala de

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en las cuales se afirma que al juicio de responsabilidad fiscal le es aplicable el artículo 136 del C.C.A., en cuanto se refiere a la acción de reparación directa, esto es, que caduca a los dos años contados a partir de la ocurrencia de los hechos.

Sobre el particular, la Sala no se encuentra de acuerdo con dicha apreciación, pues el juicio de responsabilidad fiscal no es equiparable a la acción de reparación directa, por las siguientes razones:

De conformidad con el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, el juicio fiscal tiene por objeto definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación, en tanto que la acción de reparación directa tiene como finalidad la reparación de un daño, cuya causa ha sido un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o cualquiera otra causa.

Como se advierte, en el juicio de responsabilidad fiscal el sujeto sobre quien recae la responsabilidad es un particular, en tanto que en la acción de reparación directa dicha responsabilidad recae en una entidad estatal.

De otra parte, en el juicio de responsabilidad fiscal va involucrado un interés de carácter general, en la medida en que lo que se pretende recuperar son los dineros que conforman el erario y los cuales han sido malversados, o se les ha dado una indebida destinación, o han sido apropiados ilegalmente por el funcionario respectivo, en tanto que en la acción de reparación directa lo que se pretende es una indemnización de una entidad pública, por regla general, en favor de un particular, o de otra entidad pública, lo que comporta un interés particular.

Ahora bien, en la Tutela 973 de 1999, que la parte actora cita como

fundamento de su apelación, se afirma que *“En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal sólo podrá iniciarse contra los funcionarios del erario a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados a partir de la fecha en que se hubiere realizado el acto de fenecimiento de la respectiva cuenta, interpretación que a todas luces es contraria al texto del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, que establece la obligación, y no la posibilidad, de levantar el fenecimiento e iniciar el respectivo juicio fiscal, “Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas”.*

En el mismo fallo de tutela se expresa que al allí actor se le lesionó el derecho al debido proceso por cuanto se le inició el juicio de responsabilidad fiscal dos años después de acaecidos los hechos, respecto de lo cual esta Corporación considera que el hecho de que al juicio en cuestión no se le aplique el fenómeno de la caducidad no significa que se adelante contra los principios de imparcialidad, celeridad, eficacia, moralidad y equidad, ya que, una cosa es que se pueda levantar el fenecimiento de una cuenta en cualquier momento, siempre y cuando se den las condiciones previstas en el artículo 17 de la Ley 42 de 1993 y a las que ya se aludió anteriormente, y otra cosa es que se desconozcan los citados principios, pues el juicio de responsabilidad fiscal, como cualquiera otro procedimiento administrativo, debe seguirse de conformidad con las normas que lo regulen, que, para el caso, se encuentran contenidas en la Ley 42 de 1993.

En cuanto a la Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, norma esta en la que esta Sección ha fundamentado, precisamente, la no caducidad del juicio de responsabilidad fiscal, la Sala encuentra que si bien aquélla señala por *“vía puramente ilustrativa”* que el mismo caduca en el término de dos años contados a partir del fenecimiento

de la cuenta, también lo es que dicha apreciación no armoniza con las que expuso para concluir que, si se dan las condiciones previstas en la norma mencionada, **en cualquier tiempo se puede levantar el fenecimiento de una cuenta.**

En efecto, para declarar la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 42 de 1993, la Corte sostuvo lo siguiente:

“... 13. Desde el punto de vista fiscal quizá no resulte objetable - y por el contrario se juzgue conveniente para cerrar el ciclo del gasto y del control - la pretensión de que los actos de calificación de las rendiciones de cuentas presentadas por los funcionarios del erario, adquieran firmeza. Esto es, que los fenecimientos sean en principio definitivos. La regla absoluta, sin excepciones, empero, no podrá ser aceptada. A este respecto debe tomarse en consideración que al examinar una cuenta y ordenar su fenecimiento sin observaciones, los órganos de control de la gestión fiscal se basan en sus soportes y en los elementos de conocimiento y de juicio objetivos y adecuados a la situación sujeta a su escrutinio.

“Puede ocurrir, sin embargo, que el funcionario del erario apele a maniobras y engaños para inducir al órgano de control a error, y evitar eficazmente que éste deje de advertir un alcance que, sin mediar esta conducta, habría podido ser observado y, por lo tanto, investigado y sancionado. También puede acaecer que al disponer el fenecimiento sin observaciones de una cuenta, el fiscalizador no haya podido inferir, por falta de pruebas en ese momento, las graves irregularidades que han rodeado la operación y que por ese motivo no se glosan.

“La excepción a la regla general del carácter definitivo de los fenecimientos fiscales, en los dos últimos supuestos - que corresponden a las hipótesis a las que la norma acusada subordina el levantamiento del fenecimiento -, se justifica por las siguientes razones. Es un principio general aceptado, aún en materia civil, que la aprobación de una cuenta no se extiende "al dolo contenido en ella" (CC art. 1522) de modo que por este aspecto carecen de validez los pactos de no pedir más por las mismas. Si es del caso, pueden en consecuencia, deducirse alcances de cuentas fenecidas sin observaciones si ellas se aprobaron sin detectar el dolo que se escondía en sus soportes. De otra parte, las atribuciones de los órganos de control fiscal que decretan los fenecimientos no alcanzan hasta condonar el dolo que puede viciar las operaciones examinadas o su presentación. Finalmente, el fenecimiento

se sustenta en la regularidad de las operaciones subyacentes a la cuenta respectiva, y su calificación depende de los elementos de juicio que el órgano de control tenga a su disposición, pudiendo cambiar si nuevas pruebas revelan realidades inicialmente no percibidas, en cuyo caso de la primera calificación no podría derivarse un juicio de tolerancia acerca de la actuación ilegal.

“14. El actor alega que como situación individual y concreta, los funcionarios del erario inicialmente favorecidos con la declaratoria de un fenecimiento a sus cuentas sin observaciones, tienen un verdadero derecho a la firmeza de este tipo de pronunciamientos. De la Constitución no puede deducirse criterio alguno que indique a partir de qué momento las actuaciones administrativas o las puramente técnicas de fiscalización de la gestión fiscal, deben adquirir firmeza y ser fuente de derechos u obligaciones para ciertos sujetos favorecidos o afectados por ellas. Se trata, sin duda, de una materia enteramente deferida a la ley que, con apoyo en las más variadas razones, puede definir lo que puede denominarse cosa decidida en materia administrativa o en materia de control fiscal.

“La Ley 42 de 1993, como se ha visto, decidió no otorgarle el carácter de cosa decidida en materia de control fiscal a los fenecimientos respecto de los cuales con posterioridad aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares, lo que indefectiblemente determina su levantamiento. La razonabilidad de esta excepción que contiene la norma en relación con el régimen de inmutabilidad normal de los fenecimientos, ya ha sido objeto de consideración por parte de la Corte en el apartado anterior. Bastaría agregar que el ordenamiento no ampara situaciones originadas en el engaño, la mala fe y el quebrantamiento de la ley. Si en ocasiones, indirectamente, el instituto de la prescripción impide excluir completamente esas situaciones, ello se funda en consideraciones superiores de seguridad jurídica cuyo balance y sopesación, siempre que sea razonable, también es una materia de índole legal. En el presente caso, el actor pretende equivocadamente parapetarse detrás del principio de seguridad jurídica para mantener la intangibilidad de operaciones ilegales y fraudulentas, ignorando que el juicio del legislador fue manifiestamente adverso a las mismas. A partir del incumplimiento de la ley y del dolo no pueden construirse derechos e inmunidades y, menos aún, por los responsables de los dineros públicos de quienes se espera pulcritud y probidad a toda prueba. La ley no ha querido supeditar a una seguridad jurídica mal entendida, la validez de los principios superiores de la legalidad del gasto, esencial en una democracia, y de la honradez y transparencia en el manejo del erario público, fundamental para mantener la confianza ciudadana y la fe en sus instituciones y en sus gobernantes, razones potísimas para negar

validez a los fenecimientos de cuentas relacionadas con operaciones irregulares o fraudulentas y para exigir que los responsables respondan por los faltantes (el resaltado no es del texto).

“15. Plantear en un momento dado la inmutabilidad del fenecimiento, supone la existencia de un derecho con ese contenido en cabeza del funcionario del erario. La única fuente posible de esa pretensión subjetiva sería la ley. En realidad, el legislador en su libertad podría establecer un término máximo agotado el cual se generaría la firmeza de los fenecimientos y ya no sería procedente reabrir el examen de una cuenta cubierta por aquéllos. Pero, aún así podría determinar en qué casos - por ejemplo ante la prueba de la comisión de un fraude o una irregularidad - sería viable reabrir el examen de cuentas. El balance entre seguridad jurídica y rectitud en el manejo de los dineros públicos, lo establece el legislador. Siendo esta una materia legislativa, bien puede la norma negarle ab initio firmeza a los fenecimientos que hayan recaído sobre cuentas irregulares o fraudulentas. De estos fenecimientos no surge derecho alguno ni el tiempo lo consolida. En estricto rigor, de los fenecimientos cabe únicamente predicar la existencia de un derecho relativizado por una verdadera condición resolutoria consistente en la aparición de hechos nuevos, demostrativos de operaciones fraudulentas o irregulares, que por razones no imputables al control fiscal, no pudieron ser conocidos al momento de otorgarse el respectivo finiquito. La precariedad propia de situaciones irregulares y dolosas no puede pretender - por la vía indirecta - más amparo que el que la ley les prodiga. Y en este caso no dispensó ninguno. No hay, pues, sustrato o cosa alguna sobre la que pueda edificarse en favor del funcionario del erario, el fenómeno de la prescripción adquisitiva.

“16. No obstante que la Corte considera que la regulación del grado de certeza e inmutabilidad de los fenecimientos no es propiamente materia constitucional y se libra, por lo tanto, a la discreción del legislador, cabe señalar que la no concesión de firmeza a los fenecimientos que respalden operaciones ilícitas o fraudulentas, en razón de la vigencia del valor superior de la rectitud en el manejo de los dineros públicos, tiene pleno sustento en la Carta Política. La máxima según la cual nadie puede enriquecerse a costa del erario está inscrita en la propia Constitución. El artículo 34 de la CP, con independencia de tiempo, modo y lugar, ordena extinguir, mediante sentencia judicial, el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Debe tenerse presente también que la función administrativa, en la que se incluye la gestión fiscal, está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en el principio de moralidad (CP art 209). El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de la

deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediablemente tolerar. No duda la Corte que al socaire de la firmeza de los fenecimientos aquí referidos pueden consolidarse y legalizarse malversaciones y adquisiciones, que no son cosa distinta que hurtos efectuados al erario público, lo que vulnera el principio constitucional que prohíbe el enriquecimiento y la configuración de derechos que tengan esa fuente.

“17. La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes. También éstos tienen en su favor el derecho, de que la sociedad examine su patrimonio y sus actuaciones y, para el efecto tienen el deber y la carga de facilitar, promover y exigir el más abierto examen de su conducta y de las operaciones realizadas. La rendición de cuentas es una de las principales oportunidades - no la única ni la última - de que dispone el funcionario y la sociedad para verificar el cumplimiento de los deberes y responsabilidades asignados. Si al organismo de control fiscal se le oculta total o parcialmente la verdad sobre la regularidad y la forma de las operaciones relativas a una cuenta no es posible atribuir al fenecimiento decretado en esas condiciones firmeza alguna. No sería moral que el funcionario de marras alegara como derecho suyo el de oponerse a un nuevo examen. Tampoco la función de control fiscal - a través de la cual la sociedad entera indaga - desempeñaría su función pública de acuerdo con el principio de la moralidad si ante este alegato - en verdad poco convincente - se inhibiera de ejercer su cometido fiscalizador.

Para esta Corporación, las anteriores consideraciones no dejan duda alguna de que el juicio de responsabilidad fiscal no tiene un término de caducidad, ya que si se produce el levantamiento del fenecimiento de la cuenta, por encontrarse pruebas de operaciones irregulares relacionadas con ella, la consecuencia lógica es que se inicie el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, pues, de no ser así, no tendría sentido alguno la nueva revisión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la revisión de cuentas es definida por el artículo 14 de la Ley 42 de 1993 como “... *el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones*”, la Sala considera que al aparecer nuevos elementos de juicio que desvirtúen que las actuaciones de los responsables del erario se ciñeron a los principios en la norma anteriormente transcrita, con fundamento en el artículo 17, ibídem, puede la Administración reabrir la cuenta y, consecuentemente, dar inicio al juicio de responsabilidad fiscal, el cual concluirá con fallo con o sin responsabilidad fiscal (artículo 81, ibídem).

Adicionalmente, la Sala observa que si bien es cierto que a la Corte Constitucional le compete la guarda de la Constitución Política, también lo es que al Consejo de Estado, como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo también le compete su guarda, razón por la cual al no haber sido declarado inexecutable el artículo 17 de la Ley 142 de 1993 que, como bien lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-046 de 1994, establece una excepción a la regla general del carácter definitivo de los fenecimientos fiscales, excepción que “*en razón de la vigencia del valor superior de la rectitud en el manejo de los dineros públicos, tiene pleno sustento en la Carta Política*”, esta Corporación concluye que con base en la última norma citada, bien pueden las Contralorías levantar, **en cualquier momento**, el fenecimiento de las cuentas, siempre que aparezcan pruebas sobre operaciones fraudulentas o irregulares y, si es el del caso, abrir el respectivo juicio fiscal.

Establecido que el juicio de responsabilidad fiscal carece de un término de caducidad, la Sala procede al estudio de los restantes motivos de inconformidad del apelante con la sentencia recurrida.

Sostiene el actor que no ejerció como ordenador del gasto en la negociación de los predios, cuyos sobrecostos dieron como resultado los autos de fenecimiento con responsabilidad fiscal por un valor total de cuatrocientos veintiocho millones seiscientos noventa y nueve mil quinientos setenta y tres pesos (\$428.699.573.00), ya que mediante acta núm. 944 de 25 de enero de 1984 la Junta Directiva de la EEEB delegó en el Subgerente Administrativo la ordenación de los gastos correspondientes a la adquisición de los predios del PHG.

Sobre el particular, esta Corporación considera que si bien es cierto que en el acta en mención se aprobó que “...*el Subgerente Administrativo sea el ordenador de los gastos correspondientes a la adquisición de los predios pendientes por adquirir hasta terminar el proyecto Guavio*”, también lo es que dicha autorización no era posible, dado que tanto el Acuerdo 9 de 1976, como el Acuerdo 6 de 1985, vigentes para la época en que el actor se desempeñó como Gerente de la EEEB (31 de julio de 1985 y 20 de agosto de 1986) disponían en sus artículos 117, párrafo 2, y 158, respectivamente, que en las entidades descentralizadas el ordenador del gasto es su representante legal.

Sobre dicho aspecto, esta Sección ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia de 11 de febrero de 1999, expediente núm. 3107, actor: Javier García Bejarano, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola, cuando en un asunto similar sostuvo:

“Autorizado el Gerente por la Junta Directiva para delegar la firma en las promesas de compraventa y en las escrituras públicas de compra... y visto que de acuerdo con el Código Fiscal y los Estatutos de la empresa su labor fue la de atender la gestión diaria de los negocios y actividades de la empresa, no es posible tratar de descargar su responsabilidad en quienes desempeñaban labores bajo su dirección y mando. Esa figura, conforme la define el Código Civil (art. 63) genera la

llamada culpa in vigilando cuya presencia no releva de responsabilidad a quien incurre en ella". Y más adelante agregó que, **"... el Código Fiscal del Distrito excluyó la posibilidad de delegar la facultad de ordenación del gasto y sí la permitió en cuanto hace al pago"** (el resaltado no es del texto).

En cuanto a la mención que hace el recurrente respecto del Auto de 29 de enero de 1998, proferido por esta Sección, debe advertirse que lo que allí se dejó dicho fue que cuando las actas de las empresas contengan decisiones ejecutorias o declaraciones de voluntad se consideran verdaderos actos administrativos, y que cuando contengan declaraciones sujetas a determinada formalización posterior, son simplemente actuaciones de trámite.

Pues bien, el artículo duodécimo de los Estatutos de la EEEB dispuso:

"Artículo Décimo Segundo. Son funciones del Gerente:

"a) ...

"g) Delegar, con autorización de la Junta Directiva, en los Subgerentes de la empresa y en otros funcionarios, cualesquiera de las funciones que le son propias o de las que le haya delegado la Junta".

Lo anterior significa que aún aceptando, en gracia de discusión, que la autorización de la Junta Directiva en el Subgerente Administrativo era viable, de todas maneras no medió el acto de delegación que debió hacer el Gerente en el citado funcionario, y a la que se refiere la norma transcrita, razón por la cual la supuesta delegación en la ordenación del gasto nunca se llevó a cabo.

De otra parte, el recurrente sostiene que es irrelevante la existencia o no del acto de delegación de la ordenación del gasto por parte del Gerente en el Subgerente Administrativo, dado que el artículo décimo séptimo de los Estatutos de la Empresa prescribe que el último de los citados reemplazará al primero en sus faltas temporales con sus mismas atribuciones.

Al respecto, esta Corporación estima que si bien el Subgerente Administrativo puede reemplazar al Gerente en sus faltas temporales, ello no significa, como lo pretende el demandante, que no existiendo ausencia de este último el primero pueda desempeñar sus funciones, sin que medie acto de delegación alguno.

Aduce también el apelante que el Subgerente fue quien efectuó las operaciones de adquisición de inmuebles, ordenó los gastos respectivos y acreditó la facultad para actuar como representante legal, afirmación que no se encuentra probada en el expediente, y sabido es que corresponde al actor probar los supuestos de hecho en que funda la ilegalidad del acto.

De todas maneras, la Sala insiste en que el ordenador del gasto es el Gerente, a quien, de conformidad con el artículo vigésimo de los Estatutos de la EEEB, le corresponde autorizar todas las erogaciones de la Empresa.

Por último, el recurrente expresa que como quiera que no ejerció la representación legal de la empresa para efectos de la adquisición de predios del PHG no rindió cuentas por tal concepto, argumento que no es de recibo, ya que teniendo en cuenta lo dispuesto por los Acuerdos 9 de 1976 y 6 de 1985, así como lo establecido en los artículos cuarto y duodécimo, literal a), de los Estatutos de la EEEB, la representación legal de la misma la tiene el Gerente, a quien, de conformidad con el artículo décimo sexto de los Estatutos, todos los trabajadores se encuentran subordinados y bajo su inspección y vigilancia.

Finalmente, la Sala advierte que el demandante no logró desvirtuar que los sobrecostos en los predios adquiridos con ocasión del PHG fueron injustificados, tal y como se determinó en el dictamen pericial rendido dentro del juicio de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos (folio 117 del cuaderno del cuaderno de antecedentes administrativos):

“a. La metodología adoptada por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, para la adquisición de predios afectados por la construcción de la Central Hidroeléctrica del Guavio, no fue la más apropiada.

“b. Se presentaron sobrecostos en la adquisición de los predios por el doble avalúo efectuado a los mismos (avalúo IGA + avalúo EEEB).

“c. Hubo sobrecostos al exceder las áreas de las mejoras evaluadas por la empresa al área real adquirida por escritura pública.

“d. Existieron sobrecostos al adquirir por separado los predios evaluados y posteriormente las mejoras sobre el mismo predio.

“e. El valor que aparece en la escritura pública difiere al valor real pagado”.

Como quiera que los actos acusados conservan la presunción de legalidad que los ampara, se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

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 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de 8 de marzo de 2001.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de dieciocho (18) de abril del dos mil dos (2002).

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

MANUEL S. URUETA AYOLA

