

JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Auto de apertura. Notificación personal / AUTO DE APERTURA DE JUICIO FISCAL - Notificación personal / AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACION FISCAL - Auto de apertura. Notificación / CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA - Efectos. Artículo 77 Ley 42 de 1993

En este caso considera la Sala que no es procedente declarar la nulidad de los actos acusados con base en la violación del debido proceso que reclama el actor, pues cuando la Contraloría Seccional de Norte de Santander profirió el AUTO DE APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN el 3 de marzo de 1995, aún no se había proferido la sentencia de la Corte Constitucional (C-540 de 1997); amén de que en dicha sentencia no se dijo nada en relación con sus efectos, lo que significa que se entienden extendidos HACIA EL FUTURO. En consecuencia, el debido proceso respecto de la mencionada providencia era el que consagraba el artículo 77 de la Ley 42 de 1993, cuyos alcances no había precisado la Corte Constitucional y de cuyo texto no se infería la obligación de notificación personal.

RESPONSABILIDAD FISCAL - Caducidad. Tránsito de legislación / JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Caducidad. Tránsito de legislación

En lo que respecta al cargo de caducidad, el mismo tampoco tiene vocación de prosperidad, en la medida en que bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, aplicable en este caso en la medida en que los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los actos acusados se produjo bajo su vigencia, y atendiendo la reiterada jurisprudencia frente al tema, dicho fenómeno procesal no tenía cabida en el proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que no constituía una sanción. Es preciso resaltar que la Ley 610 de 2000 previó la figura de la caducidad de 5 años en los juicios de responsabilidad fiscal, contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en firme (artículo 9º); empero esta circunstancia no afecta lo actuado en el proceso administrativo que dio lugar a los actos acusados, pues, como ya se dijo, los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los mismos se produjo bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, dado que el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación y con el cual quedó agotada la vía gubernativa, se notificó el 24 de mayo de 2000, y la Ley 610 de 2000 entró a regir el 18 de agosto del mismo año, en virtud de su publicación en el Diario Oficial CXXXVI No. 44133.

NOTA DE RELATORIA: Sentencias de 2 de abril de 1998, Expediente: 4438, Actor: Oscar Orrego Gómez, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; 11 de febrero de 1999, actor: Javier García Bejarano, expediente 3107; 13 de abril de 2000, expediente 3405, actor: Fabio Puyo Vasco; 31 de agosto de 2000, actor: Roberto Cáceres Bolaños; y 18 de abril de 2002, expediente 7211, actor: Alvaro Pachón Muñoz, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 54001-23-31-000-2000-01882-01

Actor: LUIS EDUARDO BARRETO URIBE

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 30 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1- El señor **LUIS EDUARDO BARRETO URIBE**, a través de apoderada, 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 Norte de Santander, tendiente a que, mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1º: Son nulos los Autos de 4 de marzo de 1999, proferido por la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República- Seccional Norte de Santander, , contentivo del Fallo que responsabilizó fiscalmente al actor en su calidad de ex Director Regional del Fondo DRI; el Auto 196 de 1º de junio de 1999, que resolvió el recurso de reposición contra el Auto anterior; y el Auto de 14 de mayo de 2000, que resolvió el recurso de apelación.

2ª: Que como consecuencia de la declaración anterior y, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Contraloría General de la República

a restituir al actor la suma fijada a su cargo como responsabilidad fiscal y se ordene retirar su nombre del boletín de responsables fiscales.

I.2-. El actor apoya sus pretensiones en los siguientes hechos:

1º: El 29 de abril de 1992 el Gerente General del Fondo de Desarrollo Rural Integrado DRI, doctor Juan Carlos López Castrillón suscribió con el señor Alcalde del Municipio de Salazar de Las Palmas y el Presidente de la Junta de Acción Comunal de la Vereda Montecristi de dicha localidad, el Convenio núm. 54-019-092, cuyo objeto era la cofinanciación entre el DRI, el Municipio y la Comunidad, de la obra construcción de la vía situada entre las abscisas del kilómetro 0 al kilómetro 10.000, ubicada en dicha vereda, por un valor de \$129'609.412, de los cuales el DRI aportaba \$70'209.412, el Municipio \$41'000.000.00 y la comunidad \$18'000.000.00.

2º: En la Cláusula Quinta del Convenio se establecieron las obligaciones de cada una de las partes, quedando como obligación del DRI la de girar al Municipio en las oportunidades convenidas las sumas acordadas.

3º: En ejecución del Convenio el Alcalde suscribió los contratos de obra pública núms. 01, 02 y 03, con los Ingenieros Rodrigo Alfredo Carreño García, Belisario Contreras y Armando Mantilla Rodríguez, respectivamente.

4º: Por queja formulada por el señor Diosemiro Villamizar Sánchez, el 8 de febrero de 1995, se inició la investigación fiscal en las dependencias del DRI, en la cual se incurrió en irregularidades tales como no haber notificado personalmente al actor el Auto de Apertura de la Investigación Fiscal, impidiéndole ejercer su derecho de defensa y se ordenó oírlo en declaración juramentada.

5º: En su opinión, se produjo la caducidad de la acción fiscal; además de que se le exigió el cumplimiento de unas funciones que no existían al momento de la ocurrencia de los hechos.

6º: Afirma que no es cierto el cargo relativo a que no existió estudio de prefactibilidad o preinversión y que el proyecto fue cofinanciado sin estar debidamente sustentado y sin haber sido verificado por el Director Regional, pues para la fecha en que se suscribió el Convenio (29 de abril de 1992) estaba vigente el Manual de funciones contenido en el Decreto 2148 de 1988 y éste no le dio a los Gerentes Regionales del DRI autonomía para la firma de Convenios, por ello aquel fue firmado por el Director Nacional, quien por las explicaciones dadas en la investigación fue desvinculado de la misma.

I.3- El actor adujo que con la actuación irregular de la Contraloría se violaron los artículos 1º, 2º, 6º y 29 de la Constitución Política; 1º, 7º, 257 y 304 del C.de P.P.; 72, 77 y 83 de la Ley 42 de 1993, en esencia, por lo siguiente:

1º: Estima que la imputación que se le hace en los actos acusados, tuvo como fundamento un manual de funciones inexistente para la época en que se firmó el Convenio por parte del Director Nacional del DRI.

Que no se puede hacer derivar la responsabilidad del actor de la Resolución 0806 de 19 de agosto de 1992, por la cual se adopta el Manual de Funciones, pues ella no estaba vigente para la época en que se firmó el convenio y las funciones estaban en cabeza del Director Nacional.

2º: Alega que no se le notificó el Auto de Apertura de la Investigación Fiscal, como se acredita con la certificación expedida por la Contraloría General de la República. Que es así como en forma irregular se ordena la práctica de unas pruebas que nunca tuvo oportunidad de conocer ni controvertir, como la inspección practicada al sitio de la obra el 29 de marzo de 1995, sin el lleno de los requisitos previstos en el Capítulo II, artículos 259 y 260 del C. de P.C. en armonía con el artículo 89 de la Ley 42 de 1993.

3º: Sostiene que el Auto de Apertura de Investigación Fiscal solo dispone avocar el conocimiento de las diligencias y declarar abierta la investigación fiscal, sin determinar ni vincular presunto responsable, siendo que la queja se dirigió contra el Director Nacional del DRI Mauricio Pimiento; un contratista de apellido SALAS y el Ingeniero Belisario Contreras.

Hace énfasis en que la entidad demandada estaba en la obligación de vincular a quienes de acuerdo con las pruebas pudieran resultar como presuntos responsables, a efectos de garantizarles su derecho de defensa, especialmente en cuanto a la práctica de pruebas, pues es absurdo que conociéndose quién era el Director Regional del DRI, a quien además se le solicitó en el Auto su colaboración, después se pretenda imputarle toda la responsabilidad, sin haberle dado oportunidad de ejercer el derecho de defensa en la etapa investigativa.

Relata que en la etapa de investigación se ordena oír en declaración juramentada al actor el 13 de marzo de 1995; no se le permite hacerse parte en la práctica de las pruebas y desde el 13 de marzo al 16 de agosto el funcionario comisionado se abstiene de determinar presuntos responsables, para luego ordenar la apertura del juicio fiscal.

Hace referencia a un oficio emanado de la Contraloría, conforme al cual al actor se le citó a versión libre pues para el año 1995 era posición institucional que desde el momento de la notificación del Auto de Cierre de Investigación y la Apertura del Juicio Fiscal, los presuntos responsables quedaban involucrados y conforme al artículo 29 de la Constitución podían ejercer libremente su derecho de defensa. Al respecto expresa que quien debió solicitar ser oído en versión libre, como medio de defensa, fue el actor, libre de todo apremio, como es la citación.

Trae a colación la sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996, Magistrado ponente doctor Antonio Barrera Carbonell, que frente al derecho de defensa en la etapa de investigación fiscal, hizo énfasis en que debe darse la oportunidad de defenderse a los interesados durante la investigación y antes de la apertura del juicio fiscal.

4º: Insiste en que debió darse aplicación a los artículos 259 y 260 del C. de P.C. en la práctica de la inspección judicial a la obra.

5º: Afirma que según el Auto de cierre y Apertura del Juicio Fiscal se determinó que el 70% de la vía presenta derrumbes y fallas en la calzada, lo que ocasiona un daño emergente de 21'778.020,63, por concepto de explanación y \$2'415.731,34 adicionales por concepto de alcantarillas deterioradas, para un total de \$24'193.751,97; que el señor Alcalde no realizó ningún trámite para hacer efectivas las pólizas de estabilidad de la obra a nombre de los Ingenieros Belisario Contreras Barreto y Armando Mantilla Rodríguez y que al contrato de explanación no se le exigió póliza de estabilidad, considerando que por estos daños debía responder el actor, excluyendo de cualquier tipo de responsabilidad a los Ingenieros Contratistas, lo cual ratifica que para la Contraloría los dineros sí

fueron invertidos, conforme a la obra proyectada y que el deterioro se debió a la falta de mantenimiento que especialmente se encontraba a cargo del Alcalde.

Concluye que la Contraloría dentro del proceso no encontró irregularidad frente a la inversión de los dineros destinados a la obra, los cuales no le correspondía ejecutar al actor, ya que él nunca fue encargado del recaudo o inversión de los mismos y fue la Dirección Nacional del DRI la que se obligó a girarlos oportunamente al Municipio, tal como consta en el Convenio, luego el valor de los perjuicios no le correspondía deducir a la Contraloría, pues no es de su competencia.

Que la responsabilidad que se le ha impuesto al actor no se deriva de su gestión frente al manejo de los dineros del Estado, ya que nunca le fue asignada esa función y el mantenimiento de la obra tampoco era de su responsabilidad.

6º: Considera que la acción fiscal está caducada, pues ello se produce a los dos años siguientes a la ocurrencia del hecho o del acto que la motivó, como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia T-973/99; y en este caso, la acción la motiva la ejecución de un Convenio cuya entrega de las obras se dio el 27 de febrero de 1993, por lo que el Auto expedido por la División de Investigaciones Fiscales, Seccional Norte de Santander el 3 de marzo de 1995, se notificó el 30 de agosto de 1995, es decir, que la investigación se inició fuera del término.

7º: Solicita la aplicación del principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 89 de la Ley 42 de 1993 y conforme al artículo 9º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal prescribe en 5 años, contados a partir del Auto de Apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en

firme que la declare. Y que si el Auto de Apertura de la Investigación se dictó el 3 de marzo de 1995 y la providencia que declaró la responsabilidad de 24 de mayo de 2000 quedó en firme el día de su notificación (13 de junio de 2000), es claro que para el 2 de marzo de 2000 ya habían transcurrido los 5 años sin que se hubiere producido el respectivo fallo.

I.4.- La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo, al efecto, lo siguiente:

Que los funcionarios que administren o manejen bienes o fondos públicos son fiscalmente responsables **hasta por culpa leve** en el ejercicio de sus funciones.

Que el fallo con responsabilidad fiscal objeto de demanda fue dictado conforme a las normas que rigen la investigación fiscal, pues una vez abierto el juicio fiscal el actor tuvo oportunidad de refutar las pruebas, rendir descargos e interponer recursos.

Explica que hasta el año 2000 no existía una norma especial que regulara los aspectos relacionados con la caducidad de la acción fiscal; y que la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que frente a la inexistencia de norma especial el juicio fiscal puede iniciarse en cualquier tiempo.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander accedió a las pretensiones de la demanda, en esencia, por cuanto consideró que al actor se le violó el debido proceso, en la medida en que si bien es cierto que del texto de los artículos 74, 76, 77 y 79 de la Ley 42 de 1993 se infiere que las etapas del proceso de responsabilidad fiscal son la de investigación y juicio, no lo es menos que los

investigadores fiscales están dotados de las más amplias herramientas para adelantar investigaciones preliminares.

Trae a colación la sentencia C-540 de 23 de octubre de 1997, de la Corte Constitucional, que se ocupó de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa, que reclama que el auto de apertura de investigación debe ser notificado a los presuntos responsables que se hubieren identificado; y en este caso la entidad demandada adelantó en forma atropellada una actuación que pese a estar aparentemente amparada en la ley, no adelantó ninguna diligencia preliminar tendiente a identificar a los presuntos responsables de los hechos imputados, así como la presunta afectación del patrimonio público, no obstante que en la queja se indica al actor como denunciado y ha debido notificársele el Auto de Apertura de la Investigación, que a la postre terminó con la imposición de una sanción.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la entidad demandada finca su inconformidad, en esencia, en que no se vulneró el debido proceso ni el derecho de defensa del actor porque el procedimiento fiscal administrativo adelantado en su contra se llevó a efecto con toda la normatividad fiscal aplicable, o sea, la Ley 42 de 1993.

Señala que el objetivo fundamental del proceso de responsabilidad fiscal es establecer las responsabilidades de los servidores públicos o particulares por el manejo irregular de los fondos, bienes o valores del erario.

Que en cuanto a la notificación del auto de apertura de investigación la sentencia C-540 de 1997 se refiere a ella una vez se individualicen los presuntos

responsables de hechos irregulares, es decir, cuando se tenga certeza de quién es el presunto responsable.

Que es el auto de imputación de responsabilidad fiscal la providencia por la cual se vincula formalmente al presunto responsable fiscal (artículo 79 de la Ley 42 de 1993).

Enfatiza en que es a partir de la Apertura del Juicio Fiscal cuando se notifica al presunto responsable y no a partir del Auto de Apertura de la Investigación a menos que se tenga certeza de quién es el presunto responsable.

Igualmente, trae a colación la sentencia SU 620/96 de 13 de noviembre de 1996 de la Corte Constitucional en la que frente al proceso de responsabilidad fiscal señala la necesidad de establecer la identidad de los autores o partícipes y que en la etapa inicial preliminar no existe cargo de imputación alguna.

Que es perfectamente lógico y jurídico que el traslado de las pruebas practicadas y la oportunidad para controvertirlas y solicitar las que se estimen suficientes para desvirtuarlas se haga a partir de la notificación del Auto que ordena la apertura del juicio fiscal porque en ese auto el investigador hace una evaluación de las pruebas y formula, en principio, los cargos contra los presuntos inculpados. Es decir, manifiesta cuál es su apreciación de tales pruebas.

Hace hincapié en que al actor no se le violó su debido proceso, como tuvo oportunidad de expresarlo el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B", Consejero ponente doctor Jesús María Lemos Bustamante, en sentencia de tutela de 9 de noviembre de 2000, expediente AC-12466.

Hace la observación de que en el Auto de Apertura de Investigación no se identificó al actor como presunto responsable, razón más que suficiente para no haberlo notificado.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según se lee en los actos acusados, al actor se le declaró fiscalmente responsable, en forma solidaria con HORACIO BRONSTEIN BONILLA, NELSON RAMÍREZ CÁRDENAS Y PLINIO HERNANDO GAMBOA OROZCO, en la suma de \$24'193.751,97, suma ésta en que se estimó el detrimento patrimonial del Estado- el DRI y la Alcaldía de Salazar de las Palmas- por la inversión que hizo en la construcción de un carreteable, el cual a escasos meses de recibida la obra, estaba deteriorado, es decir, que la inversión fue mal ejecutada, pues la obra tenía la banca deteriorada, los muros socavados y los taludes inestables..." (folio 1342 cuaderno núm. 8).

La sentencia de primer grado accedió a las pretensiones de la demanda al estimar que al actor se le violó el debido proceso, por lo siguiente:

1.- Porque no se adelantó investigación preliminar tendiente a identificar a los presuntos responsables de los hechos imputados, así como la presunta afectación del patrimonio público.

2.- Porque no se le notificó al actor el Auto de Apertura de la Investigación Fiscal, pese a que en la queja se indica al actor como denunciado.

En apoyo de su decisión trajo a colación la sentencia C-540 de 23 de octubre de 1997, de la Corte Constitucional, que se ocupó de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa, que reclama que el auto de apertura de investigación debe ser notificado a los presuntos responsables que se hubieren identificado.

Cabe resaltar que en la demanda el alcance de la violación del debido proceso alegada por el actor se circunscribió a la falta de notificación del Auto de Apertura de la Investigación, lo cual, a su juicio, le impidió controvertir las pruebas, entre ellas, la inspección practicada al sitio de la obra el 29 de marzo de 1995, sin el lleno de los requisitos previstos en el Capítulo II, artículos 259 y 260 del C. de P.C. en armonía con el artículo 89 de la Ley 42 de 1993.

A folio 3 del cuaderno núm. 1 obra la queja que el 8 de febrero de 1995 a través de la línea transparente de la Contraloría General de la República formuló el señor DFIOSEMIRO VILLAMIZAR en la cual se lee:

“FECHA: Febrero 8 de 1995.
HORA: 4:00 P.M.
CIUDAD O MUNICIPIO: Salazar de las Palmas
Norte de Santander.
NOMBRE DENUNCIANTE: DIOSEMIRO VILLAMIZAR
ENTIDAD: DRI SECCIONAL NORTE
DE SANTANDER.
DENUNCIADOS: LUIS EDUARDO BARRETO-
JEFE DEL DRI

FUNCIONARIO RECEPTOR: BLANCA GARCÍA RAMÍREZ

MOTIVO DENUNCIA:

En el municipio de Salazar de las Palmas celebraron un contrato cofinanciado por valor de \$200'000.000.00 para

construir un carreteable pero la obra quedó mal construida y causó daños al acueducto del pueblo. Esta suma la giró el DRI. Ellos pusieron la queja al anterior Director del DRI doctor Mauricio Pimiento. Están implicados el contratista de apellido Salas. Ahora están haciendo otra obra y está dirigida por Belisario Contreras esposo de la Tesorera del DRI”.

A folio 5, ibídem, obra el AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN FISCAL No. 096-95, que en el cual señaló:

“En la ciudad de Cúcuta, a los tres (3) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995), el suscrito Profesional Universitario de la División de Investigaciones Fiscales, Seccional Norte de Santander de la Contraloría General de la República, procede a dictar Auto de Apertura de Investigación Fiscal, en las dependencias administrativas del FONDO DE DESARROLLO RURAL INTEGRADO DRI, Seccional Norte de Santander.

CONSIDERANDOS

FUNDAMENTOS DE HECHO.

Se origina la presente investigación en virtud de queja formulada a través del Servicio de Línea Transparente por el señor DIOSEMIRO VILLAMIZAR, quien denuncia irregularidades en la ejecución de un convenio celebrado entre el Fondo Rural Integrado DRI Seccional Norte de Santander y el Municipio de Salazar de Las Palmas, para la construcción de un carreteable en esa municipalidad en cuantía aproximada de doscientos millones de pesos (\$200'000.000.00). Señala el querellante que el carreteable quedó mal construido y que por la ejecución de dichos trabajos se causó daño al acueducto del pueblo. Denuncia negligencia por parte del Director Nacional del DRI, doctor MAURICIO PIMIENTO, a quien según dijo, de acuerdo con la denuncia, ellos le habían puesto la queja sobre los hechos. Finalmente señala como implicados en las irregularidades a un Contratista de apellido SALAS y al Ingeniero BELISARIO CONTRERAS, de quien dijo es esposo de la Tesorera del DRI”

En la parte resolutive, dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: Avocar el conocimiento de las presentes diligencias.
ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar abierta la investigación fiscal No. 096-95.

ARTÍCULO TERCERO: Informar al representante legal del DRI sobre la apertura de la Investigación Fiscal y solicitarle su oportuna colaboración.

ARTÍCULO CUARTO: Remitir copia del presente Auto al Director Seccional de Norte de Santander de la Contraloría General de la República.

ARTÍCULO QUINTO: Practicar las siguientes pruebas...”.

A folios 13 y 14, ibídem, obra la declaración del señor DIOSEMIRO VILLAMIZAR SÁNCHEZ, quejoso, en la cual hizo imputaciones directas al actor en su calidad de Director Seccional del DRI, como haber presionado al Alcalde para el nombramiento del interventor de la obra; y que éste no siguió los planos contemplados para el carretable, lo que dio lugar a que se produjeran daños en el acueducto municipal; además de que el carretable quedó con mucha pendiente y a raíz de ello se paró la explanación y duró largo tiempo sin mantenimiento, hasta que la región se quedó sin carretera ni camino.

Es cierto que al actor no se le notificó personalmente el Auto de Apertura de la Investigación. Sin embargo, en el literal b) de las pruebas testimoniales ordenadas se dispuso oírlo en DECLARACIÓN, la cual se recepcionó el día 13 de marzo de 1995, según consta a folios 140 a 143 del cuaderno núm. 1.

Para la época en que se presentó la queja que dio lugar a la investigación fiscal que concluyó con los actos acusados estaba vigente la Ley 42 de 1993, cuyas normas pertinentes señalaban lo siguiente en relación con el procedimiento establecido para el proceso de responsabilidad fiscal:

“Artículo 72. Las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio, en forma íntegra y objetiva y garantizará el debido proceso para el establecimiento de responsabilidades fiscales”.

“Artículo 73. Los funcionarios de los organismos de control fiscal deberán guardar de acuerdo con la ley, reserva respecto de los

documentos e informaciones que por razones de sus funciones llegaren a conocer. Su incumplimiento será causal de mala conducta”.

“Artículo 74. El proceso que adelantan los organismos de control fiscal para determinar responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Las etapas del proceso son: Investigación y juicio fiscal”.

“Artículo 75. La investigación es la etapa de instrucción dentro del proceso que adelantan los organismos de control fiscal, en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad”.

“Parágrafo. Durante la etapa de investigación se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del Estado. El presunto responsable podrá solicitar el desembargo de sus bienes u ofrecer como garantía para que éste no se decrete póliza de seguros por el valor del faltante”.

“Artículo 76. Los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

Para este efecto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, tendrán las siguientes:

1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.
2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.
3. Solicitar información a entidades oficiales y particulares en procura de datos que interesen a las investigaciones fiscales e inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los ilícitos contra los intereses patrimoniales del Estado, sin que al respecto se pueda oponer reserva alguna.
4. Denunciar bienes de presuntos responsables de ilícitos contra los intereses patrimoniales del Estado ante las autoridades judiciales, para que se tornen las medidas preventivas correspondientes sin necesidad de prestar caución.

Parágrafo. En ejercicio de sus funciones, los investigadores de las contorías podrán exigir la colaboración de autoridades de todo orden”.

“Artículo 77. Los investigadores de los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación y, dentro del mismo, ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto.

Vencido el término anterior o su prórroga se procederá, según sea el caso, al archivo del expediente o a dictar auto de apertura del juicio fiscal”.

“Artículo 78. Los órganos de control fiscal, la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación, las personerías y otras entidades de control de la administración, podrán establecer con carácter temporal y de manera conjunta, grupos especiales de trabajo para adelantar investigaciones que permitan realizar la vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos públicos así como las actuaciones de los servidores públicos”.

“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.

El auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo, y contra él sólo procede el recurso de reposición”.

“Artículo 80. Si el acto administrativo que da apertura al juicio fiscal no se hubiere podido notificar personalmente, una vez transcurrido el término para su notificación por edicto, la Contraloría designará un apoderado de oficio para que represente al presunto responsable en el juicio. Parágrafo. Los órganos de control fiscal podrán designar para este efecto a los miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho”.

“Artículo 81. Terminado el proceso se declarará por providencia motivada el fallo respectivo, el cual puede dictarse con o sin responsabilidad fiscal, y será notificado a los interesados. El fallo con responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra él proceden los recursos y acciones de ley. Parágrafo. La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que hubiere lugar”.

“Artículo 82. Una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables y sus garantes, si los hubiere, de acuerdo con la regulación referente a la jurisdicción coactiva prevista en el capítulo siguiente”.

“Artículo 83. La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que produzcan decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñan funciones de ordenación, control, dirección y coordinación; también a los contratistas y particulares que vinculados al proceso, hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado de acuerdo con lo que se establezca en el juicio fiscal”.

“Artículo 84. La Contraloría General de la República publicará boletines que contengan una relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal. Para efecto del presente artículo los contralores de las entidades territoriales

deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que ésta establezca, la relación de personas a quienes se les ha dictado fallo con responsabilidad fiscal, con el fin de incluir sus nombres en el boletín. El incumplimiento de esta obligación es causal de mala conducta”.

Como se desprende del texto de las citadas normas, el procedimiento consagrado en la Ley para el juicio de responsabilidad fiscal únicamente previó la notificación personal del AUTO DE APERTURA DEL JUICIO FISCAL y no del AUTO DE APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL.

De ahí que la Corte Constitucional en sentencia C-540 de 1997 condicionó la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 42 de 1993 a la notificación del Auto de Apertura de la Investigación.

En efecto, dijo la Corte en la precitada sentencia:

“El precepto acusado de la Ley 42 de 1993, dispone lo siguiente:

"Artículo 77. Los investigadores de los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación y, dentro del mismo, ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto.

Vencido el término anterior o su prórroga se procederá, según sea el caso, al archivo del expediente o a dictar auto de apertura del juicio fiscal."

De conformidad con los actores, la norma en referencia quebranta los preceptos superiores por omitir señalar que el auto de apertura de la investigación sea notificado a los presuntos implicados, toda vez que se atenta contra la observancia del debido proceso en esta etapa del proceso de responsabilidad fiscal, ya que se les impide rendir sus descargos y ser oídos, así como aportar las pruebas que desvirtúen los hechos que se les imputan. Aun cuando insisten que la administración dispone de la potestad de llevar a cabo diligencias de carácter reservado, sostienen que resulta inadmisibles dicha omisión en el artículo en cuestión, a la luz de los mandatos del artículo 29 de la Constitución Política.

Teniendo en cuenta que el reparo que presentan los demandantes gira en torno a la vulneración de derechos fundamentales como son el debido proceso y defensa, en la etapa de investigación del aludido proceso, resulta

necesario ahondar en el mismo, presentando algunas precisiones, según lo preceptuado por la Ley 42 de 1993.

Según lo establecido en el Capítulo III de la precitada ley, el proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte mediante dos etapas denominadas de investigación y de juicio fiscal; sin embargo, con anterioridad a la etapa de investigación, el órgano de control fiscal debe adelantar oficiosamente indagaciones preliminares destinadas a esclarecer la existencia de los hechos objeto de investigación, la verificación de un perjuicio patrimonial estatal, y la determinación de los presuntos responsables, mediante el ejercicio de las facultades de policía judicial generales y especiales para el control fiscal, por parte de los funcionarios investigadores (Ley 42 de 1993, arts. 74, 76 y 79).

Al encontrarse mérito para dar inicio a una investigación, ésta comienza mediante la expedición de un auto de apertura de investigación que ordena la realización de diligencias dentro de un término no mayor de treinta (30) días prorrogables por otro plazo igual, a fin de adelantar la etapa de instrucción en donde se recaudan y practican pruebas que servirán de soporte a la decisión de archivo del expediente o de apertura del juicio fiscal que allí se adopte. A la etapa del juicio fiscal se acude cuando exista mérito para definir la responsabilidad fiscal en concreto de las personas cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación (Ley 42 de 1993, arts. 77 y 79).

Sobre las características esenciales de las etapas del proceso de responsabilidad fiscal la Corte se pronunció ampliamente, en los siguientes términos :

"Es de anotar, que la etapa de investigación sólo tiene cabida cuando los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal, quienes se encuentran investidos de las atribuciones previstas en el Código de Procedimiento Penal y las especiales que señala el artículo 76, han adelantado oficiosamente "las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra intereses patrimoniales contra el Estado", y determinado, mediante el acopio de las informaciones y pruebas correspondientes, la ocurrencia del hecho y su posible incidencia en la gestión y en la responsabilidad fiscal, la identificación de los autores o partícipes y de sus bienes. Es decir, que cuando el resultado de las diligencias preliminares amerite la apertura de investigación, se procederá a ello mediante la expedición de un auto del investigador, en el que se "ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de 30 días, prorrogables hasta por otro tanto".

Es deber del investigador ordenar y practicar las pruebas que le sean solicitadas, y las que considere procedentes decretar y practicar en relación con los hechos investigados, como se deduce de los artículos 72 y 75, según los cuales, en las actuaciones relacionadas con el proceso de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso, y que durante la etapa de investigación, "se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal".

- Vencido el término de la investigación o su prorroga y cuando del acervo probatorio se establezca que existe mérito para deducir responsabilidad

fiscal a quienes han resultado imputados, se ordenará la apertura del juicio fiscal. Etapa que tiene por objeto "definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación". La providencia que ordene la apertura del juicio fiscal se debe notificar a los presuntos responsables en forma personal o por edicto, según las normas del C.C.A. Contra dicha providencia procede únicamente el recurso de reposición. Si los presuntos implicados no se hicieren presentes en el proceso personalmente o por intermedio de apoderado el funcionario competente le nombrará apoderado de oficio con quien se surtirá el trámite (art. 79).

- Al proceso de responsabilidad fiscal se le pone fin mediante un acto administrativo motivado, en el cual se declara si existe o no responsabilidad fiscal, y que debe ser notificado en la forma y término que establece el Código Contencioso Administrativo y contra el cual proceden los recursos y acciones de ley (art. 81).

La providencia que declara la responsabilidad fiscal, una vez se encuentra en firme, presta mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes (...)."Sentencia SU-620/96, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Adicionalmente, en los aspectos no previstos para el proceso de responsabilidad fiscal la Ley 42 de 1993, en el artículo 89, remite, en lo no regulado, a las disposiciones de los códigos contencioso administrativo y de procedimiento penal, según el caso, y en el artículo 72 consagra que para el establecimiento de responsabilidades fiscales, las actuaciones relacionadas con el ejercicio del control fiscal se adelantarán de oficio garantizando el debido proceso.

Al respecto, es conveniente advertir que esta Corporación, en la Sentencia SU-620 de 1996, destacó la necesidad de asegurar al investigado la garantía constitucional al debido proceso, referida especialmente al derecho de defensa durante la etapa de la investigación.

Con ese fin, se precisó que no existe reparo constitucional alguno para que las indagaciones preliminares se adelanten a través de una actuación unilateral de la administración, orientada a establecer objetivamente la existencia del hecho que pueda configurar una irregularidad en el manejo de bienes y recursos públicos, sin que aún se determine sobre los responsables. Esta decisión tiene su fundamento en que la etapa investigativa constituye apenas una instancia inicial al proceso de responsabilidad fiscal, caracterizada por diligencias previas de instrucción que adelantan los funcionarios competentes para allegar y practicar pruebas que ameriten la apertura de una investigación.

Dicho comportamiento unilateral y reservado, como ya se enunció, se justifica para adelantar un proceso eficaz, evitando interferencias negativas en relación con los resultados que arrojen las indagaciones en la etapa de investigación, lo cual facilita el decreto de medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de los hechos irregulares sobre el patrimonio del Estado, asegurando, de esta manera, un eventual resarcimiento por el daño causado al mismo, en condiciones justas y proporcionadas.

Surge así, como lo menciona el Procurador General en su concepto, un necesario equilibrio entre los principios a la eficacia procesal y al debido proceso proveniente, de un lado, de la actuación unilateral con reserva de la administración para asegurar los resultados de las investigaciones y, de otro, de la notificación de la apertura de la investigación a las personas que resultan imputadas en el proceso de responsabilidad fiscal, a fin de poder ejercer su derecho de defensa, asunto que se ha aclarado por la Corte de la siguiente manera :

"Concordante con lo expuesto, se pregunta la Corte cuál es el momento preciso para que dentro de la etapa de investigación se garantice al imputado o imputados el derecho de defensa?.

En la forma como aparece diseñada la etapa de la investigación, con el objetivo claro antes especificado, que tiene un término de duración de 30 días, prorrogables por un término igual, entiende la Corte que éste debe ser el lapso mínimo en que debe mantenerse la actuación unilateral del funcionario competente para tramitar el proceso de responsabilidad fiscal y que vencido dicho término o su prórroga, y siempre que los elementos de juicio obrantes en el proceso puedan ameritar la iniciación del juicio fiscal, éste debe señalar un término prudencial adicional para que quienes resulten imputados puedan ejercer el derecho de defensa en los términos del art. 29 de la Constitución."Idem.

Ahora bien, constituye un presupuesto básico de la etapa inicial de investigación en el proceso de responsabilidad fiscal, que en ésta aún no se determina concretamente sobre el grado de responsabilidad que cabe por las irregularidades verificadas en contra de los bienes y dineros del Estado, sino que se produce una mera imputación a los eventuales responsables sobre los hechos indagados de oficio o por denuncia de parte, situación que posteriormente vendrá a definirse en el respectivo juicio.

De todas formas, dicho presupuesto no es suficiente para que, si con el avance de la investigación se obtienen pruebas sobre la existencia de los hechos constitutivos de irregularidades de tipo fiscal y de la identidad de los responsables de los mismos, se sigan manteniendo en reserva los logros alcanzados, ya que "*...dada la situación de desigualdad o desequilibrio en que se encuentran éstos, se impone la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso con el fin de restablecer una igualdad o balance entre la verdad establecida por la administración, que surge de la actuación que ha adelantado y que pone en duda la inocencia del posible imputado, y la verdad que éste puede ofrecer al permitírsele ser oído y en aportar, así sea preliminarmente y antes del juicio la prueba de sus descargos.*"Idem.

Partiendo de los anteriores criterios y de la doctrina constitucional establecida acerca de la garantía del derecho de defensa en la etapa de la investigación dentro del proceso penal (Ver las Sentencias C-150/93, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz y C-412/93, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz., en el disciplinario (Ver la Sentencia C-430/97, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell., y en el mismo fiscal (Ver la Sentencia C-054/97, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell., la Sala encuentra que cuando el artículo 77 de la Ley 42 de 1993 prescribe que "los órganos de control fiscal dictarán el auto de apertura de investigación, y dentro del mismo ordenará las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de treinta (30) días, prorrogables hasta por otro tanto." (subraya la Sala), éstas deben cobijar la notificación de dicha providencia a

los presuntos responsables, una vez se hayan determinado los hechos configurativos de posibles irregularidades que afecten los bienes y recursos de la Nación y exista certeza acerca de la identidad de los implicados.

Lo anterior, admite una aclaración adicional en cuanto a la naturaleza del auto de apertura de investigación, que por ser interlocutorio obliga a su notificación a los presuntos responsables de las irregularidades detectadas en el manejo del patrimonio público y que se investigan, por cuanto aquél resuelve sobre un asunto fundamental del proceso de responsabilidad fiscal como es, precisamente, el inicio del mismo, en virtud de una valoración probatoria que los vincula y sobre la cual deben poder emprender una defensa oportuna; de lo contrario, se estaría frente a la presencia de actuaciones que pueden lesionar los derechos y las libertades de los ciudadanos al impedirles la posibilidad de controvertirlas.

Adicionalmente, como lo indicaron varios de los intervinientes y el mismo concepto fiscal, la norma demandada no puede ser interpretada aisladamente,

requiere de un análisis integral con las demás disposiciones que regulan el proceso de responsabilidad fiscal y que hacen prevalecer la vigencia de la garantía constitucional al debido proceso en las actuaciones que conduzcan al establecimiento de las responsabilidades fiscales y remiten a los estatutos contencioso administrativo y de procedimiento penal en lo no previsto (Ley 42 de 1993, arts. 72 y 89).

Sólo una interpretación efectuada de esa forma resulta armónica con los principios consagrados en los artículos 2 y 29 de la Carta Política, y otorga seguridad jurídica al igual que vigencia a las garantías sustanciales y procesales en la adopción de la decisión definitiva, deducción que se obtiene de la misma Ley 42 de 1993 cuando incorpora en su artículo 89 idénticos postulados que rigen tanto para las actuaciones administrativas generales (Código Contencioso Administrativo, art. 35) como para las penales (Código de Procedimiento Penal, art. 186 y 324, inciso 3o.).

De tal manera que, si cualquier actuación de la administración debe ser adelantada con estricta sujeción de los mandatos superiores que integran el debido proceso, no resulta razonable que a partir de la etapa de investigación deban los mismos, sin razón suficiente, dejar de regir impidiendo al inculpado conocer de la existencia de una investigación en su contra -a través de la notificación del auto de apertura de investigación- y participar en las actuaciones tendientes a conformar su acción defensiva ante las imputaciones esgrimidas en materia de responsabilidad fiscal, especialmente, para controvertir las pruebas en contra suya, mediante el pronunciamiento sobre su valor, contenido y demás elementos del material probatorio, discutir las afirmaciones hechas durante las indagaciones, así como solicitar aquellas que lo beneficien, en desarrollo del principio de contradicción.

La garantía del derecho a la defensa en el proceso de responsabilidad fiscal, en especial en la etapa de investigación, en consecuencia, debe ser permanente y conducente, una vez se individualicen los presuntos responsables de los hechos irregulares, lo que a su vez permite el desarrollo del proceso con sujeción a los principios de eficiencia, eficacia, economía procesal y publicidad, y evita la tramitación de un juicio fiscal innecesario.

Una actuación en dirección contraria resulta abiertamente inconstitucional, pues pone en peligro los derechos al debido proceso, a la defensa, a la administración de justicia, así como los principios relacionados con la presunción de inocencia, la imparcialidad, publicidad y la igualdad en el trámite de las distintas investigaciones (C.P., arts. 13, 29 y 229). En este mismo sentido se pronunció la Corte al señalar que:

"No sólo razones de justicia avalan la solución propuesta, sino la de garantizar adecuadamente el derecho de defensa en una actuación administrativa que puede conducir a una afectación grave del patrimonio económico de una persona y a sus derechos fundamentales, e igualmente, la necesidad de preservar los principios de igualdad, celeridad, economía, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas, en el sentido de que en forma rápida y oportuna se defina si hay lugar o no a iniciar el respectivo juicio de responsabilidad fiscal, porque sin habersele dado oportunidad al posible imputado de exponer su versión de los hechos y de producir la prueba de descargo, únicamente se cuenta con una verdad unilateral.

La participación del presunto imputado en la etapa de investigación permite asegurar no sólo el derecho de defensa sino que contribuye a dar certeza a aquélla, y a garantizar su eficiencia y eficacia, porque es posible determinar en forma pronta y oportuna que no hay lugar a exigirle la responsabilidad fiscal a aquél, o que por el contrario, se requiere adelantar el trámite del juicio para establecer si hay lugar a declararla o no."Sentencia Su-620/96, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Bajo estas consideraciones, para la Corte el artículo 77 de la Ley 42 de 1993 no presenta vicios de constitucionalidad por desconocimiento del principio al debido proceso y defensa en los términos contenidos en el artículo 29 de la Carta Política de 1991 y a la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales del artículo 2 Superior, que obliguen retirarlo del ordenamiento jurídico, por cuanto la queja que formulan los actores está fundada en una interpretación inadecuada e insuficiente de la legislación vigente sobre el proceso de responsabilidad fiscal.

Tampoco se produjo un vacío por parte del legislador, como lo aseveran los accionantes, al no precisar éste expresamente en ejercicio de su función legislativa que el auto de apertura de investigación debe ser notificado, ya que, de acuerdo con la interpretación sistemática de la normatividad de la cual forma parte el artículo 77, es decir la Ley 42 de 1993, se deduce la necesidad de que dicha diligencia procesal se desarrolle con vigencia de la garantía de los principios y derechos consagrados en la Constitución, particularmente, de los derechos al debido proceso y defensa (C.P., arts. 2 y 29), lo cual amerita la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada.

Precisamente, el artículo 77 de la Ley 42 de 1993 cuestionado se encuentra ajustado a los preceptos constitucionales, **siempre que se entienda, dentro de una interpretación armónica, que el auto de apertura de investigación, como garantía de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y defensa, debe notificarse según la jurisprudencia de la Corporación en aquellos casos en que se haya identificado a los presuntos responsables**, como así se declarará en la parte resolutive de esta providencia" (Resalta la Sala fuera de texto).

No obstante lo anterior, en este caso considera la Sala que no es procedente declarar la nulidad de los actos acusados con base en la violación del debido proceso que reclama el actor, pues cuando la Contraloría Seccional de Norte de Santander profirió el AUTO DE APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN el 3 de marzo de 1995, aún no se había proferido la sentencia de la Corte Constitucional cuyos apartes han quedado transcritos; amén de que en dicha sentencia no se dijo nada en relación con sus efectos, lo que significa que se entienden extendidos HACIA EL FUTURO.

En consecuencia, el debido proceso respecto de la mencionada providencia era el que consagraba el artículo 77 de la Ley 42 de 1993, cuyos alcances no había precisado la Corte Constitucional y de cuyo texto no se infería la obligación de notificación personal.

De otra parte, y en lo que respecta al cargo de caducidad, el mismo tampoco tiene vocación de prosperidad, en la medida en que **bajo los parámetros de la Ley 42 de 1993, aplicable en este caso en la medida en que los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los actos acusados se produjo bajo su vigencia**, y atendiendo la reiterada jurisprudencia frente al tema, dicho fenómeno procesal no tenía cabida en el proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que no constituía una sanción.

Así se precisó, entre otras providencias, en sentencias de 2 de abril de 1998, Expediente: 4438, Actor: Oscar Orrego Gómez, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; 11 de febrero de 1999, actor: Javier García Bejarano, expediente 3107; 13 de abril de 2000, expediente 3405, actor: Fabio Puyo Vasco; 31 de agosto de 2000, actor: Roberto Cáceres Bolaños; y 18 de abril

de 2002, expediente 7211, actor: Alvaro Pachón Muñoz, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola), ya que según el artículo 79 de la Ley 42 de 1993 dicho juicio 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", y su finalidad es la de recuperar 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.

Es preciso resaltar que la Ley 610 de 2000 previó la figura de la caducidad de 5 años en los juicios de responsabilidad fiscal, contados desde la ocurrencia del hecho generador del daño hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en firme (artículo 9º); empero esta circunstancia no afecta lo actuado en el proceso administrativo que dio lugar a los actos acusados, pues, como ya se dijo, **los hechos investigados, la expedición, notificación y firmeza de los mismos se produjo bajo la vigencia de la Ley 42 de 1993, dado que el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación y con el cual quedó agotada la vía gubernativa, se notificó el 24 de mayo de 2000 (ver folio 121 vuelto del cuaderno principal), y la Ley 610 de 2000 entró a regir el 18 de agosto del mismo año, en virtud de su publicación en el Diario Oficial CXXXVI No. 44133.**

Advierte la Sala que conforme a los documentos obrantes en el proceso, está probado el hecho de que el carretable objeto del Convenio de cofinanciación celebrado entre el DRI, el Municipio de Salazar de Las Palmas y la comunidad resultó inservible. Así lo admite el actor en su declaración juramentada, visible a folio 143, rendida en la instancia administrativa, en la cual adujo que "...desafortunadamente el fuerte invierno que se presentó después de realizada la

obra trajo como consecuencia la destrucción de una buena parte del carreteable, quizás por la clase de suelos que existían en el sitio correspondiente....”.

Igualmente, señala que personalmente solicitó al nivel central que enviaran técnicos de infraestructura para tratar de buscarle solución al problema presentado.

A folios 1826 a 1831 del cuaderno núm. 12, obra el Convenio de COFINANCIACIÓN núm. 722 celebrado el 29 de abril de 1992, entre el DRI, el Municipio de Salazar de las Palmas y la Comunidad de Montecristo, en el cual se lee que son obligaciones del DRI:

- 1.- Girar al Municipio en las oportunidades convenidas las sumas acordadas.
- 2.- Señalar los requisitos de carácter técnico, administrativo y financiero que se deben cumplir para la ejecución del proyecto.
- 3.- Velar por el cabal cumplimiento del Convenio.
- 4.- Instruir al Municipio sobre la forma que debe diligenciar las fichas de control y seguimiento.
- 5.- Dar el visto bueno a las actas de avance de obra.

Del documento obrante a folios 1901 a 1902 del cuaderno núm. 12, emanado de la firma de Ingenieros Alvaro Nivia y Cía Ltda., se deduce que la obra cuestionada no tuvo los estudios geológicos previos, como se requería por ello se presentaron los problemas de inestabilidad que afectaron el carreteable.

En la cláusula décima cuarta del convenio se autoriza al DRI para suspender unilateralmente la entrega de los aportes cuando se de, entre otras, la causal de no demostrar la suficiente capacidad técnica para desarrollar o ejecutar el proyecto.

A folios 246 a 248 del cuaderno principal obra el MANUAL DE FUNCIONES DEL DRI (Resolución 0806 de 16 de agosto de 1992, conforme al cual al Director Regional le corresponde, entre otras funciones, verificar la viabilidad y elegibilidad de los proyectos objeto de cofinanciación; vigilar la aplicación del sistema de control y seguimiento de los proyectos y responder por la adecuada ejecución del presupuesto de la Dirección Regional.

De lo reseñado concluye la Sala que la omisión del actor en el cumplimiento de sus funciones frente al control y vigilancia de la obra objeto del convenio de cofinanciación contribuyó al detrimento patrimonial de la entidad. Y el hecho de que no hubiera sido él sino el Director General quien suscribió el Convenio y que el Manual de funciones a que se ha hecho mención fuere posterior a tal firma, no lo exonera de dicha responsabilidad, pues el desarrollo y ejecución de la obra, así como los pagos que se hicieron por la misma se llevaron a cabo cuando aquél se encontraba en ejercicio de su cargo.

Al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, se impone la revocatoria de la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte motiva de esta providencia.

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

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de febrero de 2009.

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARTHA SOFÍA SANZ TOBON