Contraloria General de la Republica :: SGD 11-12-2019 08:46
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0155290 Fol:8 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO VICKY CAROLINA RAMIREZ IBAÑEZ
ASUNTO GRADO DE CONSULTA/FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL, REVOCATORIA/
OBS

CGR-OJ- 183 -2019
80112 –

2019EE0155290

Bogotá, D.C.

Señora
VICKY CAROLINA RAMÍREZ IBÁÑEZ
vramirez@solidaria.com.co

Referencia: Radicado No. 2019ER0117925
Tema: GRADO DE CONSULTA/FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL, REVOCATORIA/ FACULTADES DEL SUPERIOR.

Respetada señora Vicky:

Esta Oficina recibió la comunicación citada en la referencia[1], la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Previa transcripción del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, bajo la premisa del debido proceso y el derecho de defensa, se solicita responder el siguiente interrogante:

> "¿Cómo se garantiza el derecho fundamental al debido proceso y al derecho de defensa y de contradicción de los implicados en los procesos de responsabilidad fiscal, que no interpusieron recurso de reposición en contra de un fallo sin responsabilidad fiscal, precisamente porque el fallo SIN responsabilidad fiscal les resulta favorable, pero que en grado jurisdiccional de consulta es revocado para determinar que el fallo es CON responsabilidad fiscal?
>
> "Si esta decisión que revoca el fallo SIN responsabilidad fiscal para dictar fallo CON responsabilidad fiscal, la toma el superior en ejercicio del grado de consulta y por tal razón no admite recurso alguno. ¿Cómo se garantiza el derecho de defensa de los implicados y cómo se respeta el principio de legalidad y de seguridad jurídica si la Ley específicamente determina por un lado que el fallo CON responsabilidad fiscal admite recursos y, por otro lado, es una de las providencias que por orden expresa de la Ley debe notificarse en forma personal?
>
> "Lo común es que el grado de consulta de un fallo SIN responsabilidad fiscal le ordene al juez de menor jerarquía que profiera fallo CON responsabilidad fiscal y este, en consecuencia, dicte un auto de acatamiento y falla con

[1] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción."

responsabilidad fiscal, ordenando la notificación como lo indica la ley y concediendo los recursos del caso.

"Sin embargo, hay casos cada vez más recurrentes especialmente en procesos en los que está muy próxima la fecha de prescripción de la responsabilidad fiscal (Art. 9 de la Ley 610 de 2000), en el que el superior jerárquico del grado de consulta de un fallo SIN responsabilidad fiscal, resuelve revocar directamente un fallo SIN responsabilidad fiscal y en el mismo auto falla CON responsabilidad fiscal. En este caso la notificación es por estado y no admite la formulación de recursos, al tratarse de un auto que resuelve el grado de consulta. ¿Este procedimiento es legal?

"Resulta claro que con el auto que resuelve el grado de consulta de un fallo SIN responsabilidad fiscal, dictando un fallo CON responsabilidad fiscal directamente, se modifican y/o crean obligaciones a cargo y en detrimento de las personas implicadas en el proceso, quienes no tienen la mínima posibilidad de defenderse, porque como se indicó, no formularon recurso de reposición al Fallo sometido a consulta precisamente porque era SIN responsabilidad fiscal y esta nueva decisión de fallo CON responsabilidad fiscal dictada en grado de consulta no admite recursos.

En este contexto, consulta:

"¿El fallo que en grado de consulta revoca un fallo SIN responsabilidad fiscal y en el mismo auto dicta un fallo CON responsabilidad fiscal no se convierte en un nuevo fallo que debe respetar todas las garantías constitucionales y legales a los implicados?"

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución[2], ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*[3], así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la*

[2] Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.
[3] Art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

Contraloría General"[4] y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*[5].

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*[6] y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*[7].

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16[8] del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) concernida(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica.

Esta Oficina se ha pronunciado sobre el grado de consulta en materia de responsabilidad fiscal. Se resaltan, entre otros, los siguientes conceptos:

CGR-OJ 095-2018 con radicado 2018EE007887 del 28 de junio de 2018 – naturaleza jurídica del grado de consulta en procesos de responsabilidad fiscal.

CGR-OJ 138-2017 con radicado 2017EE0082002 del 7 de julio de 2017 – Cómo opera el grado de consulta frente a fallos con diferentes decisiones. El grado de consulta no depende del recurso de apelación.

CGR-OJ 174-2017 con radicado 2017EE0104633 del 31 de agosto de 2017 – Autos de naturaleza mixta y procedencia del grado de consulta.

CGR-OJ 252-2017 con radicado 2017IE0103491 del 19 de diciembre de 2017 – Debido proceso; garantías procesales a las que deben sujetarse las autoridades judiciales y administrativas. Grado de consulta como mecanismo de revisión oficioso.

Los anteriores conceptos podrán ser consultados a través de link *"Normatividad y Relatoría"* en la página institucional: www.contraloria.gov.co.

4. Consideraciones jurídicas

---

[4] Art. 43, numeral 5 del Decreto ley 267 de 2000.
[5] Art. 43, numeral 12 del Decreto ley 267 de 2000.
[6] Art. 43, numeral 11 del Decreto ley 267 de 2000.
[7] Art. 43, numeral 14 del Decreto ley 267 de 2000.
[8] Art. 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la oficina jurídica: "(...) 16. coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la contraloría general de la república en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden."

4.1. Problema jurídico.

El asunto planteado en la consulta conlleva la solución del siguiente problema jurídico:

¿Cómo operan las garantías del debido proceso y derecho de defensa en la revocación de un fallo sin responsabilidad fiscal, como consecuencia de una decisión en grado de consulta?

Para absolver el siguiente problema jurídico se hace necesario entrar a analizar los siguientes temas centrales: i) naturaleza y características del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal, y ii) debido proceso: derecho de impugnación, doble instancia y notificaciones respecto de la decisión en grado de consulta.

4.2. Debido proceso: derecho de impugnación, doble instancia y notificaciones respecto de la decisión en grado de consulta.

- **Debido proceso en las actuaciones administrativas.**

El artículo 29 de la Constitución Política indica que "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" deben atender las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso.

La Corte Constitucional igualmente ha insistido[9] en que el derecho fundamental al debido proceso se encuentra también protegido en normas de derecho internacional y consagrado en instrumentos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos – art. 10 y 11-, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre – art. XVIII y XXVI-, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) –art.14 y 15-, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos –art.8-, y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de órganos internacionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que el principio del debido proceso se aplica también a los procedimientos de carácter civil y administrativo, jurisprudencia que esta Corte ha reconocido constituye un pauta hermenéutica relevante en el proceso de interpretación, aplicación y determinación del alcance de los derechos constitucionales .

Entre los elementos más importantes del debido proceso la Alta Corporación en materia constitucional destacó en la referida sentencia, los siguientes: i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de

[9] Sentencia C-089 de 2011, Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva, Bogotá, D.C. Ver además las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-1189 de 2005, entre otras.

lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción; ii) la garantía de juez natural; iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; v) los principios de contradicción e imparcialidad; vi) la existencia de un procedimiento previamente establecido en la ley, como desarrollo del principio de legalidad, garantizando un límite al poder del Estado y el respeto de las formas propias de cada juicio, señalando que la aplicación de estas garantías constituye un contrapeso al poder del Estado en sus actuaciones frente a los particulares.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional diferenció entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa, en los siguientes términos[10]:

> "Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa."

Y destacó que es competencia del Legislador regular los diversos procesos judiciales y administrativos, y establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas, libertad que se encuentra al mismo tiempo limitada por los principios, derechos fundamentales y valores esenciales del Estado constitucional de Derecho, y que el desarrollo de cualquier procedimiento judicial o administrativo se debe ajustar a las exigencias del debido proceso contenido en el artículo 29 Superior.

4.2.1 Derecho de impugnación y garantía de doble instancia. Diferencias y límites en materia administrativa.

Teniendo en cuenta los cuestionamientos efectuados por la consultante en relación con fallos que resuelven el grado de consulta en materia de responsabilidad fiscal en los cuales se cambia un auto de archivo o un fallo sin responsabilidad fiscal para proferir en su lugar un fallo con responsabilidad fiscal, de cara a la garantía de los derechos inherentes al debido proceso, procede advertir que esta discusión ha sido decantada jurisprudencialmente en materia penal cuando se emite un fallo final condenatorio que en primera instancia ha sido absolutorio.

---

[10] Ibídem (10)

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2014[11] revisó las normas del Código de Procedimiento Penal que no prevén la posibilidad de apelar sentencias condenatorias proferidas por primera vez en segunda instancia, oportunidad en la que fijó las siguientes reglas: i) debe existir un derecho a controvertir el primer fallo condenatorio que se dicta en un proceso penal, (en juicios de única instancia, o en sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia e imponen por primera vez una condena en la segunda); ii) el derecho a la impugnación de tales fallos debe garantizar que el examen efectuado por el juez de revisión permita la verificación de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena, recaer sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial y poder revocar la decisión cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena.

No obstante, estas premisas aplican única y exclusivamente sobre condenas proferidas en procesos judiciales de naturaleza penal, no está prevista para fallos finales únicos, adversos al sujeto procesal en materia administrativa, asunto en el que opera la doble instancia. La misma sentencia bajo estudio, señala la diferencia entre el derecho de impugnación y el de doble instancia, así:

> "**El derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes,** si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente."
>
> "(...) estos imperativos difieren en distintos aspectos: **(i) en cuanto a su fundamento normativo,** mientras el derecho a la impugnación se encuentra consagrado en los artículos 29 del texto constitucional, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, la garantía de la doble instancia se encuentra prevista en el artículo 31 de la Carta Política; **(ii) en cuanto al status jurídico,** mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, **la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso,** y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación **tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa;** y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas; **(iii) en cuanto al ámbito**

[11] Expediente D-10045 Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta sentencia, recogida y consolidada posteriormente en Sentencia de Unificación SU-215 de 2016, se ordena al Congreso regular la materia para casos en donde la persona es absuelta en primera instancia, pero condenada en segunda instancia o en casación, debiendo existir una doble conformidad respecto de su condena. El Congreso de la República está en mora de reglamentar el instrumento procesal que permita impugnar la sentencia condenatoria. A pesar que existe un trámite legislativo en el Congreso que incluye la figura de recurso extraordinario de impugnación, éste adolece de fallas en su configuración normativa respecto al reparto y conocimiento de dicho recurso que puede ser subsanado con la creación de una sala adjunta de impugnaciones. Ver al respecto, Revista Academia & Derecho, Año 8. N° 14; Enero - Junio 2017. ISSN 2215-8944, pág. 177-198.

de acción, mientras el derecho a la impugnación ha sido concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial; **(iv) en cuanto a su contenido**, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos, **la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o faces procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, pero sin importar que los fallos resultantes sean coincidentes; (v) en cuanto a su objeto,** mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, **la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia; (vi) en cuanto a la finalidad,** mientras el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, **la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, 'la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad'**[12]; en el primer caso, el derecho se estructura en beneficio de un sujeto específico, mientras que el segundo persigue el objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial.

"Sin perjuicio de lo anterior, ambos imperativos coinciden en la hipótesis específica en la que, (i) en el contexto de un juicio penal, (ii) el juez de primera instancia (iii) dicta un fallo condenatorio. En este supuesto fáctico, el ejercicio del derecho a la impugnación activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial, y a la inversa, con la previsión de juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación.

"**Sin embargo, cuando no confluyen los tres elementos del supuesto fáctico reseñado, la coincidencia desaparece, así: (i) cuando se dicta un fallo por fuera de un juicio penal, en principio no rigen las exigencias propias del derecho a la impugnación, mientras que, por el contrario, sí son exigibles los requerimientos de la doble instancia;** por ello, una vez agotada la primera instancia, la controversia debe ser sometida a una instancia adicional, bien sea de manera automática en virtud de dispositivos como la consulta, o bien sea mediante la interposición de recursos por alguno de los sujetos procesales; (ii) por su parte, cuando el fallo judicial se produce en una etapa procesal distinta a la primera instancia (por ejemplo, en la segunda instancia o en sede de casación), no tiene operancia el imperativo de la doble instancia, porque esta garantía se predica del proceso y no de la sentencia, y en esta hipótesis el imperativo ya ha sido satisfecho previamente; en contraste, si el fallo se enmarca en un juicio penal, y la decisión judicial es condenatoria, sí sería exigible el

[12] Sentencia C-345 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

> derecho a la impugnación, aunque la sentencia incriminatoria se dicte en una etapa distinta a la primera instancia; (iii) finalmente, si la providencia no tiene un contenido incriminatorio tampoco rige el derecho a la impugnación, mientras que si el fallo se produce en la primera instancia, la garantía de la doble instancia sí sería exigible, independientemente del contenido incriminatorio de la decisión judicial." (Se resalta y subraya).

Ahora bien, en relación con el principio de la doble instancia, la Corte Constitucional en sentencia C-337 de 2016 reiteró los criterios que debe tener en cuenta el legislador para limitar este derecho, a saber:

> "La sentencia C-103 de 2005 precisó algunos criterios específicos que deben ser tenidos en cuenta por el legislador *-en general-* cuando consagre limitaciones al principio-derecho de la doble instancia, a saber: *(i)* la exclusión de la doble instancia debe ser excepcional; *(ii)* **deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia** de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia; *(iii)* la exclusión de la doble instancia debe propender por el logro de una finalidad constitucionalmente legítima; y, *(iv)* la exclusión no puede dar lugar a discriminación." (Se resalta).

Y en sentencia C-838 de 2013, la misma Alta Corporación sobre los límites a la doble instancia y las facultades del legislador enfatizó:

> "(...) cuando el legislador impone límites al principio-derecho a la doble instancia, **es viable que consagre cargas procesales, entendidas como aquellas situaciones que exigen una conducta de realización facultativa establecida en interés del propio sujeto** y cuya omisión reporta una consecuencia desfavorable como, por ejemplo, la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial sometido a la litis. Significa lo anterior que supone un proceder potestativo del sujeto en interés propio y que, en caso de incumplimiento, acarrea una consecuencia que puede limitar derechos fundamentales. "(Se resalta).

Conforme al análisis jurisprudencial analizado, este Despacho señala:

-Los derechos de impugnación y de doble instancia son garantías constitucionales que guardan diferencias sustanciales en su origen normativo, status jurídico, ámbito de acción, contenido, objeto y finalidad; la impugnación aplica en materia penal, en tanto la doble instancia aplica a la generalidad de procesos tanto judiciales como administrativos.

-La impugnación reconoce el derecho del sindicado, inculpado o declarado culpable en un proceso penal a recurrir la sentencia final y única condenatoria (principio de doble conformidad), en tanto que la doble instancia si bien hace parte del debido proceso, no es absoluta por lo que puede tener límites de acuerdo a lo

que establezca el legislador que en todo caso debe atender los principios generales del estado social de derecho.

-El legislador puede excluir la doble conformidad de fallos únicos y últimos adversos a los sujetos procesales de manera excepcional y siempre que existan otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia.

4.3. Naturaleza y características del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal.

El artículo 18 de la Ley 610 de 2000 regula el grado de consulta, en los siguientes términos:

> "Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.
>
> "Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

La Corte Constitucional en fallo de tutela T-005 del 11 de enero de 2013[13] hizo un análisis del grado de consulta, señalando sus características y naturaleza en los siguientes términos:

> "4.5.8. Al proceder la consulta, en su trámite la Contralora General de la República tiene amplia competencia para tomar las decisiones que estime conveniente. Sobre la consulta es relevante traer a cuento lo dicho por la Corte en la Sentencia C-968 de 2003, reiterada en la Sentencia C-670 de 2004, en el cual se la califica como un control automático, oficioso y sin límites, al punto de que no se le aplica el principio de la no reforma en perjuicio. También son relevantes las Sentencia C-055 de 1993 y C-583 de 1997, como pasa a verse.
>
> "4.5.9. En la Sentencia C-055 de 1993, al distinguir entre el recurso de apelación y la consulta, dice la Corte:

[13] Referencia: expediente T-3.567.924; MP Dr. Mauricio González Cuervo.

> "A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído sometido a su conocimiento. Pero, desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.
>
> "4.5.10. En la Sentencia C-583 de 1997, al analizar la consulta en materia penal, precisa la Corte:
>
> "Siendo así, cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna."

Como consecuencia, el Grado de Consulta procede en el Proceso de Responsabilidad Fiscal cuando: i) cuando se dicta auto de archivo, ii) cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal y iii) cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado haya estado representado por un apoderado de oficio.

A su turno, en este mecanismo, el superior está provisto de plenas facultades de revisar integralmente el fallo proferido por el inferior jerárquico o funcional, tanto por aspectos de hecho como de derecho, lo que supone la capacidad de modificar, confirmar o revocar el fallo de primera instancia, incluso si ello conlleva las decisiones de ordenar un fallo con responsabilidad fiscal al inferior jerárquico, o proferir tal fallo directamente, de acuerdo a la discrecionalidad que le permite este mecanismo de revisión oficioso.

4.3.1. Proceso de Responsabilidad Fiscal. Derecho de impugnación y garantía de doble instancia. Facultades del superior en grado de consulta

En el caso de la revisión en grado de consulta de un proceso de responsabilidad fiscal, o de decisión de archivo, el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de 22 de octubre de 2015[14], señaló que lo procedente era que el superior profiera la providencia de reemplazo, caso en el cual no proceden los recursos. Providencia que se trascribe in extenso, dado que en torno a esta gira el problema jurídico a resolver. Al respecto esta Corporación, señaló:

---

[14] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, de 22 de octubre de 2015, con radicación número 063001-23-31-000-2008-00156-01, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Marta Inés Martínez Arias. Demandado: Municipio de Armenia. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala.

"7.1.4.- Para efectos de resolver el interrogante planteado se impone recordar que, de conformidad con el artículo 18 de la ley 610 de 20001, siempre que en el proceso de responsabilidad fiscal se haya proferido auto de archivo; o fallo sin responsabilidad fiscal; o fallo con responsabilidad fiscal en el cual el implicado hubiere estado representado por un apoderado; el expediente debe ser remitido dentro de los tres (3) días siguientes al superior jerárquico o funcional para que éste dicte la respectiva providencia, para lo cual tendrá un plazo de un (1) mes so pena de que la decisión objeto de consulta quede en firme.

7.1.5.- De lo consagrado en la referida disposición legal se colige que el grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque.

7.1.6.- En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que "mediante el grado de consulta se otorga competencia al superior del funcionario para revisar oficiosamente los actos administrativos por los cuales se ha resuelto definitivamente la actuación administrativa o han hecho imposible continuar su trámite. El objeto de la consulta, precisamente, es lograr que tales decisiones definitivas sean revisadas, en el evento en que contra ellas no se interponga en tiempo el recurso de apelación, como ocurre con el grado jurisdiccional regulado por el artículo 184 del C.C.A. En consecuencia, la decisión que resuelve la consulta, si bien requiere de notificación para que ésta produzca efectos, no es susceptible de recursos, porque la decisión definitiva ya ha sido tomada dentro de la actuación administrativa y la cual es justamente materia del grado de consulta."

7.1.7.- Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que "el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico", para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.

7.1.8.- Se debe tener en cuenta que la competencia constituye la capacidad jurídica que se obtiene por ministerio de la ley para cumplir una función administrativa, esto es, "la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto"3, lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad. 7.1.9.- Siguiendo esta línea de pensamiento la Sala encuentra que la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta en el caso concreto estaba en cabeza de la Contralora Municipal y no de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, dado que el acto objeto del aludido mecanismo había sido proferido por esta última. En ese sentido el argumento esgrimido por el apoderado de la Contraloría señala que la regla de competencia no fue desconocida teniendo en cuenta que, en

definitiva, es la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007 la que revoca el fallo sin responsabilidad fiscal y declara fiscalmente responsable a la actora.

7.1.9.- Siguiendo esta línea de pensamiento la Sala encuentra que la competencia para resolver el grado jurisdiccional de consulta en el caso concreto estaba en cabeza de la Contralora Municipal y no de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, dado que el acto objeto del aludido mecanismo había sido proferido por esta última. En ese sentido el argumento esgrimido por el apoderado de la Contraloría señala que la regla de competencia no fue desconocida teniendo en cuenta que, en definitiva, es la Resolución No. 097 de 20 de septiembre de 2007 la que revoca el fallo sin responsabilidad fiscal y declara fiscalmente responsable a la actora.

7.1.10.- Desconoce el apelante en este punto que la falta de competencia que se alega en la demanda no se predica de la Resolución 097 de 2007, por medio de la cual se resolvió el grado de consulta, ya que, como se ha dejado ver, ese acto fue proferido por la Contralora Municipal y por tanto de él no puede desprenderse causa invalidante por este concepto. Es del fallo con responsabilidad fiscal No. 001-002 que se predica la falta de competencia, dado que le correspondía a la Contralora Municipal y no a la Dirección de Responsabilidad Fiscal proferir nuevo fallo."[15]

Sobre la sentencia antes señalada, este Despacho, se apartó de lo dispuesto en esta providencia y así se pronunció con ocasión de un fallo sin responsabilidad fiscal proferido en un proceso de responsabilidad fiscal, en tal sentido, indicó:

"Es decir, que en el grado de consulta para resolver una decisión de primera instancia, la segunda instancia debe actuar de acuerdo a lo dispuesto en la ley 610/00, en cuanto al alcance de sus decisiones, así como al término legal dentro del cual puede resolver los asuntos sujetos a su competencia y las decisiones adoptadas se deben regir por las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias.

2. Es necesario precisar que además para las autoridades administrativas, tendrán en cuenta al resolver sus asuntos, las Sentencias de Unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de acuerdo con lo señalado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Así mismo es preciso señalar, que el mismo Código ha dispuesto que se entiende por sentencia de unificación, sobre el particular en sus artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que serán aquellas que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; y sobre ella conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

---

[15] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, de 22 de octubre de 2015, con radicación número 063001-23-31-000-2008-00156-01, Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Marta Inés Martínez Arias. Demandado: Municipio de Armenia. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala

> 4. De suerte para el presente caso, la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Primera, radicado No. 63001-23- 31-000-2008-00156-01, del 22 de octubre de 2015, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala, en la que se fundamenta su Despacho para argumentar que ha perdido competencia dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-2014- 04880_UCC-PRF 013-2011, claramente no corresponde a una Sentencia de Unificación jurisprudencial, por lo cual la misma no se constituye como fuente obligatoria para ser tenida en cuenta dentro del trámite de los procesos de responsabilidad fiscal."[16]

En este contexto, la segunda instancia consideró no aplicar la sentencia en comento y ordenó devolver el expediente a la primera instancia, para que profiriera la correspondiente providencia y garantizara así, el debido proceso al implicado, concediendo los recursos que de conformidad con la Ley 610 de 2000, son procedentes.

Ahora bien y como se señaló, el legislador puede excluir la doble instancia de manera excepcional y siempre que existan otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia.

En materia de la doble instancia del proceso de responsabilidad fiscal, cuando le corresponde al superior efectuar la revisión en grado de consulta, es procedente señalar que dadas las amplias facultades con las que cuenta el fallador en grado de consulta, en esta sede puede devolver el expediente para que en primera instancia se practiquen nuevas pruebas, se falle con responsabilidad fiscal, y se concedan los recursos que corresponden.

Es preciso puntualizar que si en el expediente obra prueba que le permita al funcionario de segunda instancia tomar válidamente la decisión, bien puede proferir la providencia de reemplazo, caso contrario la devolverá a la primera instancia para que practique las pruebas pertinentes y conducentes.

Es preciso indicar, que corresponde al operador jurídico en cada caso en particular analizar el caso y tomar las decisiones que correspondan, bien fuere devolver el expediente a la primera instancia o proferir la providencia de reemplazo cuando ello sea procedente.

4.3.2. Grado de consulta. Providencias. Notificación

En lo que guarda relación con las notificaciones, de acuerdo con lo previsto en los artículos 104[17] y 106[18] de la Ley 1474 de 2011 limitan las notificaciones personales,

---

[16] Oficina Jurídica. Grupo de Sustanciación. Oficio con radicado No. 2017IE0072006.

[17] ARTÍCULO 104. NOTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES. Las decisiones que se profieran en el curso del proceso verbal de responsabilidad fiscal, se notificarán en forma personal, por aviso, por estrados o por conducta concluyente, con los siguientes procedimientos:

en el procedimiento verbal, al auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal, y en el procedimiento ordinario al auto de apertura e imputación y al fallo de primera o única instancia.

Dado que la decisión en grado de consulta no está prevista como decisión que deba ser notificada personalmente en ninguna de las disposiciones anteriores, su notificación debe hacerse por estado.

5. Conclusiones

5.1. Respecto de las decisiones que en grado de consulta revocan la decisión de archivo o de fallo sin responsabilidad fiscal adoptada en primera instancia, no operan las garantías de doble instancia, pues respecto de tales fallos el legislador estableció la inexistencia de revisiones adicionales, máxime si se tiene en cuenta que la norma atiende los lineamientos de la Corte por virtud de los cuales el legislador tiene facultades para limitar el derecho de doble instancia siempre que el sujeto desfavorecido con la decisión ulterior cuente con acciones u oportunidades procesales ante la jurisdicción contencioso - administrativa que garanticen adecuadamente su derecho de defensa.

5.2. De otra parte, en lo que guarda relación con el proceso de responsabilidad fiscal, el fallador a cargo de la revisión en grado de consulta puede proferir la decisión de reemplazo o devolver el expediente al funcionario de primera instancia

---

a) Se notificará personalmente al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio, según el caso, el auto de apertura e imputación y la providencia que resuelve los recursos de reposición o de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal.
La notificación personal se efectuará en la forma prevista en los artículos 67 y 68 de la Ley 1437 de 2011, y si ella no fuere posible se recurrirá a la notificación por aviso establecida en el artículo 69 de la misma ley
b) Las decisiones que se adopten en audiencia, se entenderán notificadas a los sujetos procesales inmediatamente se haga el pronunciamiento, se encuentren o no presentes en la audiencia.
En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha en que se profirió la decisión, caso en el cual la notificación se realizará al día siguiente de haberse aceptado la justificación. En el mismo término se deberá hacer uso de los recursos, si a ello hubiere lugar.
c) Cuando no se hubiere realizado la notificación o esta fuera irregular, la exigencia legal se entiende cumplida, para todos los efectos, cuando el sujeto procesal dándose por suficientemente enterado, se manifiesta respecto de la decisión, o cuando él mismo utiliza en tiempo los recursos procedentes.
Dentro del expediente se incluirá un registro con la constancia de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual se podrá utilizar los medios técnicos idóneos;
d) La vinculación del garante, en calidad de tercero civilmente responsable, se realizará mediante el envío de una comunicación. Cuando sea procedente la desvinculación del garante se llevará a cabo en la misma forma en que se vincula.

[18] Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011: En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado.

para que modifique la decisión, decisión que en los términos de los artículos 104 y 106 de la Ley 1474 de 2011 se notifica por estado, sin que sea necesario adelantar una notificación personal ni conceder recurso de reposición por no ser ello procedente dentro de esta figura de revisión oficiosa.

Cordialmente,

JULIAN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Claudia Denisse Flechas Hernández
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas
N.R. TRD. 2019ER0117925
RD 80112-033 Conceptos jurídicos.