

CGR-OJ 188 2017  
80112 -

Contraloría General de la República :: SGD 15-09-2017 09:55  
Al Contestar Cite Este No: 2017EE0111712 Fol:3 Anex:0 FA:0  
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / MAN DARIO GUAUQUE TORRES  
DESTINO ANDRES VELA  
ASUNTO CONCEPTO  
OBS

2017EE0111712



Bogotá, D.C.,

Doctor  
ANDRES VELA T.  
Contraloría Municipal de Pereira  
chrisanvt@hotmail.com

Asunto: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.- GRADO DE CONSULTA.-

Respetado doctor:

## 1. ANTECEDENTE

Esta Oficina, conoce su comunicación con la cual después de mencionar los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 610 de 2000 y el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, indica que como resultado del grado de consulta el superior funcional o jerárquico del funcionario que haya proferido la decisión, si resolviera revocar el auto de archivo, el llamado a realizar la imputación no será otro que el funcionario de primera instancia.

Efectuadas las anteriores consideraciones, consulta lo siguiente:

1. ¿Se debe elevar el grado de consulta cuando la dirección de responsabilidad fiscal emita auto de archivo en la indagación preliminar?

## 2. CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora 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, 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*<sup>1</sup>, 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 Contraloría General”<sup>2</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”<sup>3</sup>.

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”<sup>4</sup> 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”<sup>5</sup>.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos 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 Art.43, Numeral. 16<sup>6</sup> del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

### 3. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

#### 3.1. El grado de consulta.

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, procede la consulta en los siguientes eventos:

1. Cuando se dicte auto de archivo;
2. Cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal;
3. Cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

De acuerdo con lo anterior, las decisiones en el proceso de responsabilidad fiscal señaladas en el mencionado artículo 18, no obstante ser de fondo, no adquieren firmeza mientras no se surta el grado consulta, pues están sometidas a un segundo examen de servidores funcionalmente superiores o jerárquicos.

De acuerdo con la normativa mencionada, se confiere al operador jurídico superior la facultad para revisar en forma integral, la decisión del fallador de primera

<sup>1</sup> Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>2</sup> Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>6</sup> Art. 43. OFICINA JURIDICA. 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.



instancia, para efectos de corregir eventuales errores presentados en la decisión materia de consulta, con el fin de proteger el interés público, el orden jurídico y la observancia de las garantías y los derechos fundamentales. Es decir, en el grado de consulta se realiza un control sustancial y procesal del trámite surtido y la fundamentación de la providencia que decide sobre la responsabilidad fiscal, sin que medien límites para su examen.

Ha enseñado la Corte Constitucional, sobre las potestades del superior cuando conoce en grado de consulta una providencia que:

“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. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie "sin limitación" alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la Ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto "perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas. Y la justicia es fin esencial del Estado.”<sup>7</sup>(Subrayado del texto).

### 3.2. La indagación preliminar.

Sea lo primero señalar que la indagación preliminar de competencia de las contralorías, está regulada en el artículo 39 de la ley 610 de 2000, y procede la iniciación de esta actuación cuando, no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables.

El fin de estas diligencias, es verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

Es oportuno recabar que la indagación preliminar fiscal, es una etapa preprocesal que tiene por objeto determinar los elementos descritos en el artículo 39 señalado en precedencia, para efectos de establecer la viabilidad para dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal.

<sup>7</sup> Corte Constitucional.- C- 424 de 2015.

El término de este trámite es de máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Cabe precisar también que la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo, en consecuencia, en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo.

Ahora bien, es procedente señalar que al proferirse un auto de archivo, se entiende que la actuación ha terminado. Ante estas circunstancias, vale la pena anotar, que la decisión de revocatoria del auto de archivo, procede por las causales establecidas en el artículo 17 de la Ley 610 de 2000, el cual establece que si después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.

Sobre el carácter de la indagación preliminar, el Consejo de Estado, determinan la diferencia entre la etapa previa al juicio fiscal establecido en la ley 42 de 1993, con la figura de la indagación preliminar establecida en la Ley 610 de 2000; así lo dijo:

"14. Con fundamento en la anterior descripción normativa, y en el análisis de los antecedentes de la Ley 610 en el Congreso de la República, la Corte concluye que la nueva Ley eliminó las dos etapas investigativa y de juzgamiento que existían en el régimen anterior, y estableció un procedimiento en el que se prevé una etapa previa que puede darse o no, llamada de indagación previa, y que tiene lugar cuando "no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables". De cualquier manera, solamente cuando está establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dentro del cual tras una fase de diligencias previas, dentro de las cuales siempre debe ser escuchado el presunto responsable, debe decidirse si se archiva el expediente o se dicta auto de imputación de responsabilidad fiscal. En este último caso, del mismo se corre traslado al imputado, para que presente los argumentos de su defensa y solicite las pruebas que estime pertinentes. Surtido lo anterior, se profiere el fallo correspondiente."<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E), Radicación número: 25000-23-24-000-2002-01103-01, 22 de marzo de 2012.



En este contexto jurídico, y habida cuenta que las indagaciones preliminares son actuaciones previas o preprocesales al vencerse el término para adelantarlas y de no haber mérito para abrir el proceso de responsabilidad fiscal, procederá su archivo, caso en el cual no es jurídicamente viable el grado de consulta, pues la norma prevé la posibilidad de ordenar su reapertura, en los casos mencionados.

La improcedencia del grado de consulta respecto de autos de archivo en indagación preliminar es doctrina pacífica y reiterada en la Contraloría General de la República, lo que constituye derecho viviente<sup>9</sup> en esa materia.

#### 4. CONCLUSIÓN.

4.1. El auto de archivo en indagación preliminar no es consultable, toda vez que dicha actuación puede volverse a abrir en los supuestos que contempla el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

Cordial saludo,



IVÁN DARIO GUAUQUE TORRES  
Director Oficina Jurídica.

N.R.	2017ER0073659
Proyectó.	Lucenith Muñoz Arenas
Revisó.	Pedro Pablo Padilla Castro
Archivo:	80112-033 CONCEPTOS JURÍDICOS. CONCEPTOS JURÍDICOS

<sup>9</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C-418 de 2014 (MP. María Victoria Calle Correa) sintetizó la teoría del derecho viviente, así:

“Ese concepto se relaciona con la distinción entre disposición y norma jurídica, y sugiere al juez constitucional tomar en cuenta la interpretación constante de las disposiciones jurídicas efectuadas por los órganos encargados de unificar la jurisprudencia en cada jurisdicción y, eventualmente, por la doctrina autorizada. Siguiendo esa idea, es posible distinguir el texto que contiene una norma (disposición) de la norma jurídica contenida en él (mandato). La norma sería, en ese contexto, el significado o el contenido semántico de las disposiciones o textos jurídicos y para llegar a ella haría falta un esfuerzo hermenéutico.

Esta idea se relaciona con el derecho viviente, pues esta metáfora expresa que frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados. Esta doctrina permite a la Corte no basar los análisis de constitucionalidad en interpretaciones puramente hipotéticas o descontextualizadas de las leyes, sino tomar como referencia las que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción (y en menor medida por la doctrina). El derecho viviente así establecido permite a la Corte Constitucional establecer los contenidos sobre los que realmente debe ejercer el control de constitucionalidad.

La sentencia más importante en la que se desarrolla el sentido del derecho viviente es también la primera en la que se expuso el concepto, y desde entonces, ha sido utilizado ampliamente por la Corte Constitucional, reiterando lo expresado en esa primera ocasión.”

La sentencia a la que se alude es la C-557 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-426 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-569 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP. Humberto Sierra Porto) y C-258 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza. SPV. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).