

2019EE0161882



CGR-OJ- 193 - 2019
80112 -

Bogotá D.C.,

Doctora
ANDREA MARCELA ÁVILA RESTREPO
Directora de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría Municipal de Soacha
Carrera 7A No.16 – 41
Soacha – Cundinamarca



30 DIC 2019

152 IV
CONTRALORIA

Referencia: Radicado Interno: 2019ER0129996 del 25/11/2019

Tema: AUTO DE ARCHIVO DE INDAGACIÓN PRELIMINAR – Improcedencia
del Grado de Consulta

Respetada doctora Andrea Marcela,

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR- recibió la consulta citada en la referencia¹, la cual se procede a responder a continuación:

1. Antecedentes

La peticionaria señala lo siguiente:

Contexto: La Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Soacha, profirió auto de archivo de Indagación Preliminar y se remite a segunda instancia para surtir el Grado de Consulta en donde es revocado el Auto de Archivo de la IP. La Dirección procede a proferir Auto de Apertura e Imputación dentro de un Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal.

La peticionaria pregunta:

“¿Está viciado de nulidad el auto de apertura e imputación de proceso de responsabilidad fiscal proferido por la DRFJC, habida cuenta que se apertura por orden de segunda instancia, quien no debió conocer de la Indagación Preliminar según concepto No.20181100012981 del 04 de mayo de 2018?”

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”.

¿En caso que el auto de apertura e imputación de proceso de responsabilidad fiscal sea nulo, se debe mantener el auto de archivo de la Indagación Preliminar que profirió primera instancia?"

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, 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 ejecución² 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 Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las 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.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

² Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

³ Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

⁴ Art. 43, numeral 5º 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.

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

Esta Oficina se ha pronunciado sobre el tema objeto de consulta mediante conceptos tales como el 188 de 2017 con radicado 2017EE0111712 del 15 de septiembre de 2017, el cual podrá consultar a través de la Relatoría en la página institucional: www.contraloria.gov.co, o solicitarlo al teléfono 5187000 Ext. 15204, o a través del correo institucional: cgr@contraloria.gov.co.

4. Consideraciones jurídicas

Problema jurídico: ¿Procede el Grado de Consulta respecto del Auto de Archivo de Indagación Preliminar?

En primera instancia, tal como se advierte en el acápite segundo de este escrito, se reitera que esta Oficina únicamente brinda orientaciones generales sin detenerse a resolver casos particulares, razón por la cual, no entrará a analizar la validez de los actos administrativos a los cuales alude la peticionaria.

Obra en el archivo de la Oficina Jurídica de la CGR, un pronunciamiento sobre la procedencia del grado de consulta respecto del auto de archivo de la indagación preliminar, plasmado en el Concepto 188 de 2017, el cual se anexa al presente escrito, donde se señaló lo siguiente:

"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 reapertura⁹, 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 viviente¹⁰ en esa materia".

⁹ Ley 610 de 2000. Artículo 17. Reapertura. Cuando 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.

¹⁰ 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).

Lo anterior, en consonancia con el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, reseñado e igualmente analizado en el precitado concepto. Reza la norma:

“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. (...)”.

Claramente se establece que el Grado de Consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, solo procede cuando se profiere:

1. Auto de archivo
2. Fallo sin responsabilidad fiscal
3. Fallo con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio

En consonancia con la normatividad en comento se encuentra el siguiente aparte jurisprudencial:

“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.

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”¹¹¹².

De lo hasta ahora expuesto, resulta claro que el Grado de Consulta tiene lugar dentro del proceso de responsabilidad fiscal y la indagación preliminar al tenor de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, es una actuación preprocesal. Reza la norma:

“Artículo 39. Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término 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”.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 1497. 4 de agosto de 2003. C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. C. P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Bogotá D.C., 22 de octubre de 2015. Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01.

Adicionalmente, no proceden recursos respecto del Auto de Archivo de Indagación Preliminar, pues como se explica en el Concepto No.0188 de 2017, procede la reapertura en los términos del artículo 17 de la Ley 610 de 2000, que dispone lo siguiente:

“Artículo 17. Reapertura. Cuando 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”.

Continúa la Sentencia en cita:

“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”¹³, lo cual es, a su vez, elemento esencial del acto administrativo y manifestación del principio de legalidad. (...).

La Sala debe ser enfática en señalar que la falta de competencia denota la carencia de un elemento esencial del acto que lo vicia de tal forma que impide su convalidación o subsanación. Esto, como quiera que el acto fue producto del ejercicio arbitrario de una función toda vez que la administración no tenía la atribución legal para manifestar su voluntad, lo cual no puede ser saneado por el hecho de que la actora no haya alegado la falta de competencia en sede administrativa”.

Evidentemente, si respecto del auto de archivo de la indagación preliminar no procede el Grado de Consulta, la autoridad que se pronunció en este sentido carecía por completo de competencia.

En relación con la nulidad por la que indaga la peticionaria, dispone la Ley 610 de 2000, lo siguiente:

“Artículo 36. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.

Artículo 37. Saneamiento de nulidades. En cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto

¹³ María Díez Manuel. “El Acto Administrativo”. Editorial Editora Argentina S.A. Buenos Aires 1962 pág. 164

declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

Artículo 38. Término para proponer nulidades. Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación”.

Nótese como las causales de nulidad que trae la normatividad especial, se predicen respecto del proceso de responsabilidad fiscal y si, como ya se vio, no procedía el Grado de Consulta respecto del Auto de Archivo de la Indagación Preliminar, en concepto de esta Oficina, será esta actuación la que deberá en primera instancia ocupar la atención del funcionario de conocimiento y de la suerte que siga aquella dependerá la de los actos que le suceden.

De otra parte, el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, consagra entre las causales de revocatoria, la siguiente:

“Artículo 93. *Causales de revocación.* Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. (...)”.

Con base en las orientaciones jurídicas dadas corresponderá al funcionario de conocimiento hacer un estudio juicioso de cada uno de los actos administrativos expedidos y determinar en qué momento la Administración se apartó de la ley y en consecuencia deberá adoptar las decisiones del caso para sanear las posibles irregularidades que tuvieron lugar.

5. Conclusiones

Problema jurídico: ¿Procede el Grado de Consulta respecto del Auto de Archivo de Indagación Preliminar?

El Grado de Consulta procede respecto del Auto de Archivo, el Fallo sin Responsabilidad Fiscal, y el Fallo con Responsabilidad Fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio, todo dentro del marco del proceso de responsabilidad fiscal.

Teniendo en cuenta que la Indagación Preliminar es una actuación preprocesal (art.39 L610/00), no tiene lugar el Grado de Consulta.

Adicionalmente no procede recurso alguno debido a que tiene la lugar la reapertura de la Indagación Preliminar (art.17 L610/00).

Cordialmente,


JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexos: Concepto No.188 de 2017. Tres (3) folios.

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Lucenith Muñoz Arenas 
Radicado: 2019ER0129996
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos