

80112

Bogotá, D.C.

2014IE0005110



Doctora
BLANCA LILIANA PARRA PEÑA
Presidente Gerencia Departamental Colegiada de Risaralda
Calle 17 No. 6 - 42 P.5,6,7. Código Postal 660002
Pereira – Colombia

ASUNTO: GRADO DE CONSULTA Y AUTO DE ARCHIVO PROCESO FISCAL

1. ANTECEDENTES.

La Gerencia Departamental Colegiada de Risaralda solicita concepto jurídico acerca del grado de consulta y Auto de archivo dentro de los procesos de Responsabilidad Fiscal así:

Indica que el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, estableció el grado de consulta para los procesos de Responsabilidad Fiscal en los siguientes términos:

*“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”.*

Por otra parte, el archivo del proceso opera en los siguientes eventos:

“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento

patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma”.

Los artículos descritos no fueron derogados o modificados por la Ley 1474 de 2011.

Y pregunta:

- Es pertinente que se surta el grado de consulta, más allá de lo que establece la norma?
- Es legal que en la providencia mixta se ordene el archivo de las diligencias a favor de los beneficiados con la decisión, sin tener en cuenta que el acervo probatorio es uno solo y la totalidad de las pruebas atañe a todos los implicados?
- Lo adecuado procesalmente al momento de decidir no sería imputar responsabilidad fiscal contra X personas y abstenerse de imputar responsabilidad u ordenar la desvinculación de los implicados según corresponda y continuar con el trámite del proceso, es decir, la presentación de descargos y el periodo probatorio?

Afirma que se vienen concediendo los recursos de la vía gubernativa, según se trate de única o doble instancia, frente a los Autos de archivo, incluidos aquellos que declaran la cesación de la acción fiscal por pago.

Y pregunta:

- Son procedentes dichos recursos cuando lo establecido para estos casos es la consulta, más aún cuando no están contemplados en la Ley 610 del 2000 ni en la Ley 1474 de 2011 y cuando la regla general según el artículo 74 del código de Procedimiento Administrativo es que los recursos proceden contra los actos definitivos y en el proceso de responsabilidad fiscal el acto definitivo es el fallo con o sin responsabilidad fiscal?

2. NORMATIVIDAD QUE REGLAMENTA EL TEMA:

Ley 610 de 2000

Ley 1474 de 2011

Ley 1437 de 2011

3. 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 ejecución¹, 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”², 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”³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁴.

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”⁵ 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”⁶.

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.

¹ Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

² Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

Doctora Blanca Liliana Parra Peña. Presidente Gerencia Departamental Colegiada de Risaralda Página 4 de 8
16⁷ 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).

4. CONSIDERACIONES JURIDICAS:

En materia de Responsabilidad fiscal, en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, el grado de consulta está previsto como una instancia obligatoria cuando (i) se dicte auto de archivo, (ii) cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o (iii) cuando siendo el fallo con responsabilidad fiscal el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. La norma especial ha establecido este grado de consulta por tres razones: (i) defensa del interés público, (ii) defensa del ordenamiento jurídico, entendido básicamente como la aplicación del principio del debido proceso y (iii) defensa de los derechos y garantías fundamentales.

Cuando se dictan autos denominados mixtos, en cuanto ordenan archivo de la investigación solo para alguna o algunas de las personas vinculadas al proceso fiscal continuando para las demás, se hace necesario surtir la instancia de consulta prevista en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en primer lugar porque la Ley no establece excepciones o condicionamientos al respecto y porque, como se anotó, con dicho procedimiento se está garantizando la defensa del interés público, del debido proceso y los derechos y garantías fundamentales.

El procedimiento de consulta se surte enviando, dentro de los tres días siguientes, el expediente al superior funcional o jerárquico para que se pronuncie. Es entendible que aparte del fallo o auto objeto de la consulta el superior requiere del expediente para examinar el procedimiento seguido, la formulación de cargos, las pruebas y argumentaciones tanto de los investigadores como de la defensa. Por ello se hace indispensable que conozca la totalidad de la actuación consignada en el expediente ya que la decisión objeto de la consulta supone un examen integral tanto para quienes se benefician con el archivo como para quienes continúan vinculados al proceso.

La práctica hace posible prever otros procedimientos quizás más expeditos y lógicos para adelantar y concluir este tipo de investigaciones, como los que usted aduce en su consulta, pero por tratarse de un procedimiento especial y reglado, no es posible variarlo so pena de afectar el debido proceso y con ello garantías y derechos fundamentales. Solo en el evento de vacíos procedimentales, que no ocurre en este

⁷ 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.

caso, podrían aplicarse supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Cualquier modificación al procedimiento actual debe estar contemplada en la ley.

En cuanto a la pregunta: Es legal que en la providencia mixta se ordene el archivo de las diligencias a favor de los beneficiados con la decisión, sin tener en cuenta que el acervo probatorio es uno solo y la totalidad de las pruebas atañe a todos los implicados se indica:

Acervo probatorio. Es común que cuando se vinculan varias personas a un mismo proceso fiscal existan ciertos elementos homogéneos que los relacionan. Puede tratarse del origen de los investigados en cuanto proceden o están al servicio de la misma entidad o dependencia, o tienen funciones o competencias dentro del mismo contrato, etc. Sin embargo la responsabilidad es individual y la investigación debe establecerla. Si en el curso de la misma se determina que alguno de los vinculados inicialmente no debe continuar en tal carácter dentro de la investigación, la forma de desvincularlo es mediante auto que ordena el archivo el cual queda en firme cuando se surte la consulta y la decisión es confirmada.

Ordenar el archivo de las diligencias respecto de uno o varios vinculados no conlleva el archivo total del expediente y cierre de la investigación respecto de los demás no beneficiados con el auto. Naturalmente la providencia debe ser clara en determinar para quiénes se archiva el proceso entendiéndose que aquellos que no estén relacionados en la misma siguen vinculados.

Para este evento, el auto de archivo es, como se indicó, la forma procesal de desvincular a una persona de la investigación fiscal. Aunque el expediente es el mismo para los desvinculados y para aquellos a quienes se les formulan cargos y continúan siendo sujetos de la investigación, no es ilegal continuar con el procedimiento en cuanto así está previsto por la Ley. Si bien, se comparte la inquietud en cuanto el término adecuado para dicha decisión debería ser “desvinculación” o “cese de procedimiento” respecto del sujeto procesal, lo cierto es que la Ley lo ha denominado genéricamente “archivo,” más apropiado sin duda, cuando se trata de un solo investigado o se expide para todos los vinculados.

RECURSOS. Lo previsto en la Ley especial frente a la decisión de archivo es el grado de consulta.

La Oficina Jurídica de la CGR, con respecto a la finalidad del grado de consulta, ha sostenido en Concepto Jurídico EE18786 de 23 de junio de 2004 lo siguiente: *"Sobre el grado de consulta debemos señalar que este no es un recurso, sino un grado de competencia, que se surte en los casos expresamente consagrados en la Ley, en materia de responsabilidad fiscal fue instituido para proteger el interés público, el*

ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales. En el grado de consulta el superior funcional del funcionario de primera instancia que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan correspondan a los presupuestos tácticos y jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal. Son consultables los procesos de responsabilidad fiscal, en los que 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. El grado de consulta, le confiere al superior funcional, o de segunda instancia competencia para conocer el proceso de responsabilidad fiscal y en tal virtud, confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia.”

Sin embargo, no reemplaza procesal ni teleológicamente a los recursos de reposición y apelación que se consagran en el Derecho Administrativo para impugnar los actos administrativos definitivos. Los recursos, que se desarrollan en virtud de los principios de Contradicción y Defensa permiten en la vía gubernativa la contrargumentación por parte del interesado quien solicita que se revoque, modifique o aclare la decisión.

Contrario a la consulta, no es obligatorio ejercerlos y puede renunciarse a ellos.

En los denominados autos mixtos, cuando para unos presuntos responsables fiscales se archiva mientras que para otros continúa el proceso es entendible que quienes no son cobijados por la desvinculación puedan indirectamente verse afectados en cuanto los desvinculados y ellos pueden estar solidariamente comprometidos. La desvinculación mediante archivo puede causar el efecto secundario de acrecentar la obligación que pueda derivarse en favor del Estado de los que siguen vinculados y por eso el auto de archivo que no los cobija puede afectar sus intereses.

No obstante, el legislador, haciendo uso de su facultad de configuración no consagró recurso alguno frente a la decisión de archivo. Tal libertad de configuración ha sido reconocida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 del 2 de mayo de 2012 en donde señaló:

“En lo que a los recursos se refiere, la Corte ha determinado que corresponde al legislador establecer los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades administrativas diseñando las reglas dentro de las cuales determinado recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos que deben darse para su ejercicio. Para esta Corporación, los recursos son de creación legal, y por ende es una materia en la que el Legislador tiene una amplia libertad de configuración, salvo ciertas referencias explícitas de la Carta, como la posibilidad de impugnar los fallos de tutela y las sentencias penales

condenatorias (arts. 29 y 86, CP). Sobre este aspecto, en la Sentencia C-742 de 1999,24 la Corte sostuvo:

"[...] el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que pueden intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades.

Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso -reposición, apelación, u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio. (...)

En cuanto se refiere a la consagración de mecanismos para controvertir decisiones judiciales o administrativas, en la sentencia C-005 de 1996, la Corporación señaló que si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal distinción, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Asimismo, con la misma limitación, también puede suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política."

Por tanto, dado el amplio margen de configuración con que cuenta el legislador para determinar los recursos que proceden frente a las decisiones administrativas, no puede el operador fiscal, so pretexto de interpretación conceder recursos frente a una decisión cuando el legislador no los ha establecido.

5. CONCLUSION

Se concluye entonces, que en uso de su facultad de configuración el legislador no consagró recursos frente a la decisión de archivo proferida en favor de presuntos responsables fiscales, por cuanto previó que al surtirse el grado de consulta ante el superior jerárquico o funcional y enviarse la totalidad del expediente para su examen, se está garantizando las dos instancias, los derechos legalmente protegidos de todos los vinculados tanto de los que se benefician del archivo como de quienes siguen vinculados al proceso así como la salvaguarda del interés público involucrado en el proceso de responsabilidad fiscal.

Recursos adicionales no están contemplados en la norma especial y no se hace necesario concederlos con base en las normas supletorias porque en virtud del grado de consulta el superior jerárquico se encuentra facultado para examinar integralmente el proceso y garantizar el respeto de los derechos del Estado y de los investigados.

Cordialmente,

LINA MARIA TAMAYO BERRIO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó. Cielo Eslava Borden
Revisó: Isabel Moreno
N.R. 2013IE0156002