



Radicado No: 2020100008421

Fecha: 04-05-2020

Bogotá,
110

Doctor
ÁNGEL HUMBERTO PÉREZ FAJARDO
Profesional Especializado
Unidad de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Contraloría General del Departamento del Putumayo
Calle 17 No. 7 A – 34 Barrio Ciudad Jardín
Mocoa - Putumayo
aepfx@hotmail.com
sejecutiva@contraloriaputumayo.gov.co

Referencia: Concepto 110.17.2020
 SIA-ATC. 012020000101

1. *Del proceso de responsabilidad fiscal en general*
2. *Caducidad de la acción fiscal - Vinculado posterior al auto de apertura*
3. *De los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad – Trámite cuando recaen en el Contralor*
4. *De la comunicación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal a la entidad afectada*
5. *De la versión libre*
6. *Notificación decreto de pruebas*
7. *Audiencia de decisión*
8. *Cesación de la acción fiscal: recursos y grado de consulta*
9. *Grado de consulta*
10. *Firmeza de las decisiones en el proceso de responsabilidad fiscal – Aclaración de la decisión*
11. *Efectos del fallo con responsabilidad fiscal*
12. *Demanda jurisdiccional del fallo con responsabilidad fiscal – Litisconsorcio necesario*

Cordial saludo doctor Pérez Fajardo:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el oficio CD-URFJC-105-0105 del 19 de febrero de 2020, recibido por la AGR el 24 de febrero de 2020 con el Rad No. 2020-233-000530-2 y radicado bajo el SIA-ATC. 2020000101, en el que hace una extensa y variada consulta respecto del proceso de responsabilidad fiscal, cuyos interrogantes son:

1. (...)

Pregunta 1: ¿Quién es el encargado de definir o aceptar el impedimento?

Pregunta 2: En caso que la respuesta al primer interrogante sea el Procurador Regional conforme al artículo 12 de la Ley 1437/2011 (CPACA), cuál es el trámite o actuación que debe adelantar el Procurador Regional: ¿aceptar el impedimento y decidir la cuestión?, ¿aceptar el impedimento y designar o elegir al encargado de decidir la cuestión?, ¿aceptar el impedimento y remitir a la Asamblea Departamental para que decida la cuestión?, ¿otra, cuál?

Pregunta 3: Si no fuere un impedimento sino una recusación, ¿cuál sería el trámite?

2. (...)

Pregunta 1: El término de los tres (3) días que trata el artículo 12 del CPACA, para que en caso de impedimento, el servidor envíe dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, ¿aplica para los impedimentos que se presenten en el decurso del PRF?

Pregunta 2: Si no fuere un impedimento sino una recusación, ¿aplicaría el término (sic) antes referido?

3. (...)

Pregunta 1: ¿Cuál es el fundamento legal para que las contralorías comuniquen el auto de apertura a la entidad afectada?

Pregunta 2: ¿La entidad afectada puede aportar pruebas al PRF?, ¿Presentar recursos a las decisiones dentro del PRF?, ¿actuar dentro del PRF argumentando su calidad de entidad afectada?

4. (...)

Pregunta 1: Si la situación se presentare con un servidor público con derechos de carrera administrativa, quien es retirado de la entidad luego de haber sido declarado responsable fiscal, pero luego de su retiro, la inhabilidad cesó porque pagó el detrimento ¿Tiene derecho a que la entidad lo reintegre al empleo que ejercía y sobre el cual tenía derechos de carrera administrativa?

5. (...)

Pregunta 1: ¿Cuál es el procedimiento a seguir en esta situación?, es decir ¿debe el Contralor devolver el PRF al despacho de origen para que decida sobre confirmar el archivo o proceder a imputar?, ¿debe el contralor proceder a expedir el auto de imputación?

Pregunta 2: Si es el contralor quien debe expedir el auto de imputación, es decir que para el caso fungiría como primera instancia al ordenar la imputación ¿Quién sería el competente para decidir los recursos de apelación y/o grado de consulta –dentro del PRF si los hubiere?

6. ¿En las diligencias de versión libre que se adelantan en los PRF, pueden los demás implicados hacer preguntas al versionado?, ¿el implicado preguntado tiene el deber de responder tales cuestionamientos realizados por los demás implicados?

7. (...)

Pregunta 1: ¿Esta disposición (inciso 2º del artículo 302 del CGP) es dable aplicarla al PRF?

Pregunta 2: Si la respuesta a la pregunta anterior fuere positiva ¿Cuál es el termino (sic) con que cuentan los interesados para solicitar esta aclaración?, ¿Qué términos tiene la Contraloría para resolver esta aclaración?

8. (...)

Pregunta 1: Si llegada la fecha y hora para iniciar la audiencia de decisión, uno o varios imputados, apoderados de confianza y/o apoderados de las aseguradoras no se presentan a la diligencia y/o no justifican su insistencia (sic) ¿Debe la Contraloría continuar con el desarrollo de la Audiencia de Decisión?, ¿para declararla abierta necesariamente deben estar presentes todas las partes o sus apoderados?, ¿Puede designarse abogado de oficio (sic) a las personas que incluso tengan apoderado de confianza y que este no asista a la diligencia y/o no justifique su inasistencia?, ¿Cuál es el trámite que debe adelantar la Contraloría presentada esta situación? (subrayado del texto)

9. (...)

Pregunta 1: Dado que el departamento no está llamado a responder por las actuaciones de la contraloría departamental y teniendo en cuenta que la contraloría para estos casos no se queda con los recursos, si no que son devueltos a la entidad afectada, ¿Es el llamamiento en garantía o el litisconsorcio la figura jurídica para vincular al proceso judicial al departamento a fin de que, si llegado el caso, se profiera una decisión en contra de la Contraloría, sea el departamento quien pague los recursos entregados por la Contraloría?; si no fuere el litisconsorcio o llamamiento en garantía la herramienta, ¿Cuál lo sería afín (sic) de garantizar que no haya un enriquecimiento sin justa causa por parte del Departamento?

10. ¿El auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal suspende o interrumpe la caducidad de la acción fiscal?, ¿tal suspensión o interrupción aplica incluso para las personas que no se vinculen desde el inicio con la apertura al PRF?

11. (...)

Pregunta 1: Dentro del PRF se ordena la práctica de pruebas como testimonios, visitas especiales entre otras, las cuales se notifican por estados; se pregunta ¿Debe notificarse personalmente o comunicársele a los implicados de la fecha, hora y lugar de estas diligencias?

12. (...)

Pregunta 1: Si un implicado en un PRF es citado a rendir versión libre y NO COMPARECE a la diligencia, no obstante, envía por escrito su versión libre ¿Debe designársele apoderado de oficio conforme al artículo 43 de la Ley 610 (sic)?, ¿Qué valor probatorio debe dársele a este escrito de versión libre?, ¿Qué alcance debe darle el ente de control al termino (sic) COMPARECER que establece la norma?

13. (...)

Pregunta 1: ¿En un proceso verbal de responsabilidad fiscal, frente al Auto que ordene la cesación y archivo procede recurso alguno/grado de consulta?

Pregunta 2: En caso de que procedan recursos ¿Cuál es el término y procedimiento para su presentación sustentación por parte de los interesados?, ¿cuál es el término que tiene la contraloría para resolver la cuestión?, ¿Debe aplicarse por analogía el literal d del artículo 101 de la Ley 1474/2011?

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las

entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta que su extenso cuestionario consultado se refiere a situaciones propias del trámite del proceso de responsabilidad fiscal (tanto ordinario como verbal) que podemos resumir en los siguientes temas: 1. Del proceso de responsabilidad fiscal en general; 2. Caducidad de la acción fiscal; 3. De los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad; 4. De la comunicación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal a la entidad afectada; 5. De la versión libre; 6. Notificación decreto de pruebas; 7. Audiencia de decisión; 8. Cesación de la acción fiscal; 9. Grado de consulta; 10. Firmeza de las decisiones en el proceso de responsabilidad fiscal; 11. Efectos del fallo con responsabilidad fiscal; y 12. Demanda jurisdiccional del fallo con responsabilidad fiscal – Litisconsorcio necesario, con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre las situaciones consultadas, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el proceso de responsabilidad fiscal, respecto de los temas mencionados:

1. Del proceso de responsabilidad fiscal en general

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El numeral 5 del artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República la siguiente atribución:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)

El artículo 272 de la carta, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 referente a la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales respecto de las dadas al Contralor General de la república, en los siguientes términos:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

Finalmente, el artículo 274 constitucional modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años.

(...)

De las normas constitucionales referidas concluimos que, el control fiscal es una función pública que, dentro del marco de sus competencias, ejercen las contralorías del país (nacional y territoriales) y la Auditoría General de la República, así como también establecen la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponen las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudan su monto y ejercen la jurisdicción coactiva con prelación.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

El artículo 2º de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso:

Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

*Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y **administrativas**.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

(Negrilla fuera de texto)

El artículo 209 ibídem, establece los principios de la función administrativa así:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Principios que se encuentra consagrados igualmente en la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, así:

Artículo 3°. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

Parágrafo. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes

constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

Igualmente la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” - CPACA, establece:

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o exlimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

La Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, estableció en el artículo 97, el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos, estableciendo su procedimiento especial en los artículos subsiguientes:

Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

El artículo 66 de la Ley 610 de 2000, contempla la remisión normativa a seguir en los aspectos no considerados en la misma, así:

Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

El Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias conferidas en el Acto Legislativo 04 de 2019, expidió el Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, efectuando algunas modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal establecido tanto en la Ley 610 de 2000 como en la Ley 1474 de 2011. Entre estas modificaciones están:

El artículo 124 modifica el artículo 4º de la Ley 610 de 2000 referente al objeto de la responsabilidad fiscal, agregando la expresión “o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos”.

El artículo 125 modifica el artículo 5º de la Ley 610 de 2000 agregando al primer elemento de la responsabilidad fiscal (la conducta), la expresión “o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado”.

El artículo 126 modifica el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 retirando de la definición de daño patrimonial al estado, el causado por el “uso indebido”, así como la gestión fiscal “inequitativa” y reemplazando la expresión final “de las contralorías” de este primer inciso, por la expresión “de los órganos de control fiscal”.

Igualmente modifica el inciso segundo de este artículo, quedando:

Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

El proceso de responsabilidad fiscal, si bien corresponde a una actuación administrativa, por sus características -proceso reglado- que además conlleva la preservación de principios y derechos fundamentales, debe ser adelantado -por lo menos en su sustanciación- por un profesional del derecho, quien es el conocedor de la terminología jurídica, del procedimiento (derecho procesal) y aspectos legales y sustanciales propios de esta profesión.

Con el desarrollo legislativo de la reforma constitucional del Acto Legislativo 04 de 2019, la responsabilidad fiscal fue extendida no solo al gestor fiscal, sino a quienes participen de manera directa o indirecta en la misma.

2. Caducidad de la acción fiscal – Vinculado posterior al auto de apertura

El artículo 6 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 127 del Decreto-Ley 403 de 2020, establece:

Artículo 9º. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del

proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción fiscal.

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir de la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil o incidente de reparación integral en calidad de víctima en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

La modificación introducida se refiere a la ampliación del término de caducidad de 5 a 10 años, a establecer de manera puntual la interrupción de la caducidad con la expedición del auto de apertura y a establecer de manera expresa que la reparación se puede obtener en el proceso penal también mediante acción civil o mediante incidente de reparación integral en calidad de víctima.

La Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2013 al examinar la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 610 de 2000 (anterior), se pronunció así:

Para los efectos que se dejan anotados, la Corporación entendió que “el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley”, e implica “la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción”[8].

(...)

Además, el entendimiento que de la figura jurídica de la caducidad tiene la Corte no sería completo si se dejara de destacar que, en forma reiterada, la Corporación la ha diferenciado de la prescripción, al indicar, por ejemplo, que mientras la caducidad es “un límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente”, la prescripción, en su dimensión liberatoria permite dar “por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado”, por lo que, tratándose de la prescripción “se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular”[10].

(...)

La previsión de un término de caducidad cumple el propósito inicial de permitir que las contralorías cuenten con tiempo suficiente para adelantar las actuaciones que les corresponden, ya que, conforme lo ha destacado esta Corporación, antes del auto de apertura, con el cual comienza el proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar una indagación preliminar que, “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”, a tal punto que tal indagación puede concluir en un auto de archivo, hipótesis en la que no existirá proceso de responsabilidad fiscal, pues “su presencia se anuncia solo a partir del auto de apertura”, cuya fecha es “el extremo que marca la consolidación quinquenal de

la caducidad de la acción fiscal”[21].

La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, “el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”[22].

(...)

Así pues, la limitación del plazo busca impedir la parálisis de los organismos encargados de llevar a cabo el control fiscal, pretende comprometerlos con el adecuado ejercicio de su actividad controladora y promueve su actuación eficaz, pero la previsión de ese término no solo incide en el ámbito competencial asignado a los órganos controladores, puesto que también tiene incidencia en la situación de los sujetos que eventualmente pudieran hallarse expuestos a enfrentar un proceso de responsabilidad fiscal.

En efecto, de conformidad con lo que la jurisprudencia constitucional ha enseñado, “la naturaleza de los sujetos procesales y los términos en que uno y otro deben someterse a la contingencia de una acción en su contra son diferentes, lo cual implica que las condiciones en que el Estado y los particulares enfrentan la carga procesal de la caducidad no sea susceptible de comparación”[24] y, tratándose de la responsabilidad que se declara mediante el proceso fiscal, ya la Corte ha puntualizado que “es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa”[25].

En las anotadas condiciones, resulta que uno es el interés de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, interés que es público en cuanto se orienta a la protección del patrimonio estatal, y otro el interés de los eventuales encartados en un proceso de responsabilidad fiscal, quienes razonablemente desearían verse libres de enfrentar tal proceso o, aún enfrentándolo, de la responsabilidad que se les endilgue.

(...)

De ahí que la seguridad jurídica tiene que ver con ambas partes e igualmente los derechos, porque, de un lado, “el interés del legislador de atribuirle efectos negativos al paso del tiempo, es el de asegurar que en un plazo máximo señalado perentoriamente por la ley” se ejerzan las actividades que permitan iniciar el proceso de responsabilidad fiscal y, del otro, los posibles sujetos pasivos de la acción fiscal “tienen derecho a saber con claridad y certeza hasta cuando pueden estar sometidos a requerimientos (...) por una determinada causa”, de todo lo cual se deduce que, en uno y otro caso, se trata “de no dejar el ejercicio de los derechos sometido a la indefinición, con menoscabo de la seguridad procesal, tanto para demandante como demandado”[26]

De la normatividad y jurisprudencia transcrita se obtiene que i) la caducidad de la acción fiscal opera al transcurrir diez (10) años desde el acaecimiento del hecho generador del daño si este es instantáneo o desde el último si este es de tracto sucesivo y hasta la fecha en que se profiera el auto de apertura; ii) la expedición del auto de apertura interrumpe el término de caducidad, toda vez que con él es que se inicia la acción fiscal; iii) el término de caducidad es el espacio de tiempo con que cuentan los organismos de control fiscal para adelantar las actuaciones de vigilancia y control (entre ellas la indagación preliminar).

La Indagación preliminar establecida en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, tiene por objeto entre otros “identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido

o contribuido a él”.

En cuanto a la caducidad de la acción fiscal respecto de los presuntos responsables que sean vinculados con posterioridad a la apertura del proceso, ni la Ley 610 de 2000, ni la Ley 1474 de 2011 se refieren a ello. Este Despacho en concepto 110.009.2014 contenido en el Radicado No. 20141100014461 del 08 de abril de 2014, al respecto concluyó:

Así las cosas, si la vinculación de determinadas personas es realizada con posterioridad, es decir, habiendo transcurrido los cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho que establece la ley, pero la caducidad fue interrumpida al proferirse en ese periodo auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, mal puede, en sana lógica interpretativa, predicarse la caducidad de la acción toda vez que, se reitera, la caducidad se interrumpe con el auto de apertura.

Concepto que se revalúa en el presente concepto por lo siguiente:

La acción fiscal o proceso de responsabilidad fiscal de conformidad con el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, es:

*Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad **de los servidores públicos y de los particulares**, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.*

(Negrilla fuera de la norma)

El artículo 40 ibídem, determina que la acción fiscal o proceso de responsabilidad fiscal, se inicia con la expedición del respectivo auto de apertura:

*Artículo 40. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. **El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal (...)***

(Negrilla fuera de la norma)

Finalmente, en el artículo 41 ibídem, se establecen los requisitos que debe tener el auto de apertura, de los que resaltamos:

Artículo 41. Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

(...)

4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.

(...)

Para el proceso tramitado por el procedimiento verbal, la Ley 1474 de 2011 establece:

Artículo 98. Etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso verbal comprende las siguientes etapas:

*a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa **la responsabilidad del gestor fiscal**, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.*

*El auto de apertura e imputación indicará el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remitirá la citación **para notificar personalmente esta providencia**. Luego de surtida la notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante;*

(...)

(Negrilla fuera de la norma)

Teniendo en cuenta que el proceso en el trámite verbal inicia con la audiencia de descargos, la Ley 1474 de 2011, respecto de las actuaciones en ella, establece:

Artículo 99. Audiencia de descargos. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones:

- 1. Ejercer el derecho de defensa.*
 - 2. Presentar descargos a la imputación.*
 - 3. Rendir versión libre.*
 - 4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.*
- (...)*

De la normatividad transcrita concluimos que para iniciar la acción fiscal o proceso de responsabilidad fiscal, es necesario: i) la existencia de un daño, y ii) uno o unos posibles autores sobre los que haya indicios serios respecto de su responsabilidad, es decir, la acción fiscal necesariamente se adelanta contra una persona (funcionario público o particular) que presuntamente es responsable de un daño al patrimonio público, teniendo como fin establecer la responsabilidad fiscal del o los funcionarios que con su actuar y ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a ella, hayan causado el daño patrimonial al Estado.

La figura jurídica de la caducidad de la acción fiscal, se puede resumir como el tiempo con que cuenta el organismo de control fiscal para iniciar el proceso que lleve a determinar si el funcionario o particular sobre el cual recaen los indicios, es el responsable del daño patrimonial encontrado en desarrollo del control y vigilancia fiscal ejercido, por lo tanto, esta caducidad se predica tanto de la persona vinculada al inicio del proceso, como de aquella que se pretenda vincular de manera

posterior pero de manera independiente para uno y otro. Y debe ser así, pues el derecho fundamental al debido proceso contempla entre otros, el derecho de defensa y entonces nos preguntamos: en qué momento puede efectivamente el vinculado posterior ejercer su defensa? Y la respuesta es: en el momento en que le es notificado el auto de apertura del proceso (el cual ya viene cursando pero respecto de otros investigados); entonces, para este nuevo vinculado y en respeto al debido proceso, es necesario verificar si la acción fiscal se podía iniciar o no por haber operado la caducidad.

Para apoyar este cambio conceptual, traemos a colación lo mencionado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto 2014EE0180984 del 11 de noviembre de 2014:

*Con lo expuesto es claro que el término de caducidad de la acción fiscal, establecida por el Legislador es de 5 años, y que empiezan a ser contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño cuando es un hecho de ejecución instantánea y cuando se trata de hechos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuo, el término se empezará a contar desde el último acto sin que se haya proferido auto de apertura; **si con posterioridad se vinculan presuntos responsables y han transcurrido más de 5 años, la acción fiscal habrá caducado respecto de ellos, que por tanto no podrán ser vinculados al proceso.***

Teniendo en cuenta la seguridad jurídica de quienes pueden ser investigados en un proceso de responsabilidad fiscal, y si por alguna razón al momento de iniciar el proceso se vincula a uno o varios presuntos responsables y faltare alguno para vincular, solo se podrá hacer siempre y cuando no hayan pasado los 5 años de la ocurrencia del hecho generador del daño patrimonial al Estado, teniendo en cuenta que el legislador ha establecido 5 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador para la caducidad.

Es pertinente señalar que los Entes de Control que adelanten proceso de responsabilidad fiscal (Contraloría General de la República, Contralorías Territoriales, Distritales y Municipales), dentro de sus actuaciones previas a iniciar los procesos, tengan de manera clara y precisa los presupuestos para iniciar el proceso, para evitar dilaciones y actuaciones innecesarias que retarden el curso normal del proceso.

(Negrilla fuera del texto)

Respecto a la figura jurídica de la caducidad en el proceso de responsabilidad fiscal, este Despacho se ha pronunciado además del concepto relacionado anteriormente, en los conceptos 110.054.2019, 110.016.2019 y 110.027.2008, entre otros.

3. De los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad

El Capítulo II de la Ley 610 de 2000 se ocupa de los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

Artículo 33. Declaración de impedimentos. Los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma.

Artículo 34. Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal.

Artículo 35. Procedimiento en caso de impedimento o recusación. El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.

Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal avocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento o recusación.

(Negrilla fuera de la norma)

La Ley 1474 de 2011 en cuanto a los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, únicamente se refiere a las causales así:

Artículo 113. Causales de impedimento y recusación. Las únicas causales de impedimento y recusación para los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal serán las previstas para los jueces y magistrados en la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo transitorio. Mientras entra en vigencia la Ley 1437 de 2011, las causales de impedimento y recusación serán las previstas para los jueces y magistrados en el Código Contencioso Administrativo.

La Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece en el artículo 130 dichas causales así:

Artículo 130. Causales. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

- 1. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.*
- 2. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.*

4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados.

Debemos tener en cuenta que el Código de Procedimiento Civil fue derogado, encontrándose en su reemplazo vigente el Código General del Proceso expedido mediante la Ley 1564 de 2012, por lo tanto, el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil mencionado en la norma transcrita, corresponde actualmente al artículo 141 del Código General del Proceso.

La Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad del artículo 130 del CPACA en la sentencia C-496 de 2016, dijo:

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación[48] ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano[49]. Sobre el particular señaló la Corte:

“Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos)”[50].

En la sentencia C-881 de 2011[51], en el marco del estudio de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra una expresión del inciso 2º del artículo 335 de la Ley 906 de 2004[52], el cual establece que el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio, y que perseguía que ese mismo impedimento se hiciera extensivo al fiscal que formula la fallida solicitud, la Corporación se refirió al carácter excepcional de los impedimentos y las recusaciones y, por ende, a la naturaleza taxativa de las causales en que se originan, lo cual exige una interpretación restrictiva de las mismas. Al respecto, señaló:

“Técnicamente, el impedimento es una facultad excepcional otorgada al juez para declinar su competencia en un asunto específico, separándose de su conocimiento, cuando considere que existen motivos fundados para que su imparcialidad se encuentre seriamente comprometida. Sin embargo, con el fin de evitar que el impedimento se convierta en una forma de evadir el ejercicio de la tarea esencial del juez, y en una limitación excesiva al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Artículo 228, C.P.), jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción, ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida”[53].

En suma, los impedimentos y las recusaciones son herramientas orientadas a la protección de principios esenciales de la administración de justicia como la independencia y la imparcialidad del funcionario judicial. Estos atributos en cuanto se dirigen a garantizar el debido proceso, tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta y en los principales convenios internacionales sobre Derechos Humanos adoptados por el Estado colombiano, y se convierten en derechos subjetivos del ciudadano.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Auto del 21 de abril de 2009 dentro del radicado 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)IJ respecto de los impedimentos y recusaciones en la función jurisdiccional (aplicable igualmente a la función administrativa en desarrollo del principio fundamental del debido proceso), dijo:

El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones.[1] Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo.

Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional.

Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.”.[2] Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso.

Considera este Despacho que, el artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 subrogó el artículo 34 de la Ley 610 de 2000, en cuanto determinó que las únicas causales de impedimento y recusación para estos funcionarios, son las establecidas para jueces y magistrados en el CPACA, dejando de lado las establecidas en el artículo 11 del CPACA dentro del proceso administrativo general, teniendo en cuenta que la Ley 1437 de 2011 establece de forma separada las causales para el servidor público en general (artículo 11) y las referentes a los magistrados y jueces (artículo 130), entonces, al establecer la Ley 1474 de 2011 que “únicamente” son procedentes las establecidas para jueces y magistrados establecidas en la Ley 1437 de 2011, es a ellas a las que hay que atender (artículo 130); igualmente esta modificación deja de lado las causales establecidas en el Código de Procedimiento Penal; razonamiento anterior con el cual revaluamos nuestro concepto 110.034.2019 contenido en el Radicado No. 20191100020831 del 10 de julio de 2019 (tal como se verá más adelante) por cuanto en él se anotaron y tuvieron en cuenta las causales establecidas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

Respecto al procedimiento a seguir para el trámite de los impedimentos y recusaciones, la Ley 1474 de 2011 no hizo modificación alguna por lo que se mantiene incólume las disposiciones de la Ley 610 de 2000.

Como se observa, el procedimiento para resolver los impedimentos y las recusaciones, se

encuentra en el artículo 35 de la Ley 610 de 2000; sin embargo, al ella no contemplar el caso en que el funcionario impedido o recusado carece de superior jerárquico o funcional, debemos acudir por remisión expresa del artículo 66 ibídem, al Código Contencioso Administrativo hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA que en su artículo 12 establece:

*Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. **A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.***

*La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. **Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc.** En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.*

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo.

(Negrilla fuera de la norma)

De acuerdo a lo resaltado en el inciso primero de la norma transcrita, teniendo en cuenta que el contralor territorial carece de superior jerárquico y de superior funcional, el envío se debe hacer al procurador regional quien deberá resolver en los términos del inciso segundo ibídem.

Al respecto, el Decreto-Ley 262 de 2000 “Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”, establece:

Artículo 75. Funciones. Las procuradurías regionales tienen, dentro de su circunscripción territorial, las siguientes funciones, cuando lo determine el Procurador General en virtud de las facultades contenidas en el artículo 7 de este decreto.

(...)

15. Conocer y resolver los impedimentos manifestados por los servidores públicos que desempeñen funciones dentro de su circunscripción territorial y carezcan de superior jerárquico, así como las recusaciones que contra ellos se formulen, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 06 de marzo de 2014 dentro del Radicado 11001-03-06-000-2014-00049-00(2203) a solicitud del Ministerio del Interior respecto a la competencia para designar funcionario ad-hoc cuando se acepta un impedimento o recusación, manifestó:

Como se enunció atrás, los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA han reglado sucesivamente durante la vigencia de la Constitución Política de 1991 el trámite de los impedimentos y recusaciones en el ejercicio de las funciones administrativas a cargo de las ramas del poder público, los órganos estatales autónomos y los particulares.

(...)

La lectura de los dos textos permite compararlos de la siguiente manera:

(...)

b) Respecto de la autoridad que debe, en caso necesario, producir el nombramiento ad hoc:

(i) El superior puede aceptar o no el impedimento; si lo acepta, los artículos 30 y 12 en estudio, estatuyen que este señalará quién debe continuar conociendo del asunto y, además, “si es preciso”, lo facultan para designar un funcionario ad hoc.

(ii) Las mismas decisiones – aceptar el impedimento, determinar quien continúa conociendo y designar funcionario ad hoc “si es preciso” - , competen al procurador regional cuando el funcionario que está impedido es del orden territorial y no tiene superior.

(...)

(c) La expresión “si es preciso”.

En virtud de la aceptación de un impedimento o una recusación es necesario reasignar el conocimiento del asunto de que se trate, o designar funcionario ad hoc. En principio se supondría que las dos decisiones debieran estar deferidas a la misma autoridad, sea el superior, la cabeza del sector administrativo, el Procurador General de la Nación o los procuradores regionales.

Sin embargo, el legislador da un tratamiento especial a la designación del servidor ad hoc que entraría a actuar en lugar del titular, en tanto la establece como una facultad - “pudiendo”- y bajo una condición “si es preciso”.

Según las reglas generales de la interpretación de la ley las palabras que esta use “se entenderán en su sentido natural y obvio” salvo que “el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias” porque entonces se les dará el significado legal (artículo 28 C.C.); y que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” (artículo 30 C.C.).

En su interpretación gramatical, el vocablo “preciso” es un adjetivo que califica algo como “necesario, indispensable, que es menester para un fin”.

Entonces, cuando aceptado el impedimento o la recusación no es factible determinar a quién corresponde conocer del asunto, los artículos 30 del C.C.A. y 12 del CPACA resuelven la dificultad autorizando la designación de un funcionario ad hoc, es decir, se remiten a la función nominadora pues es en ejercicio de esta que se ha de hacer tal designación.

Como quien decide el impedimento o la recusación no es necesariamente idéntico a quien tiene la competencia nominadora, si las normas en comento confirieran a aquel de manera automática esa función, desconocerían prima facie las competencias constitucionales y legales en materia de nombramientos y generarían eventuales causales de anulación de la respectiva actuación administrativa. Ni el CCA ni el CPACA son ordenamientos con capacidad para desvertebrar la Constitución en materia de competencias nominadoras.

(...)

Bajo la Constitución de 1991, la estructura de los poderes públicos, la autonomía de los órganos de control, las funciones separadas, las nuevas formas de relación entre las autoridades nacionales y las territoriales exigieron respecto del artículo 30 del C.C.A. y exigen ahora para la aplicación del artículo 12 del CPACA, tener en cuenta lo siguiente:

- (...)*
- El Ministerio Público y el Procurador General de la Nación constituyen uno de los órganos de control, autónomos e independientes de las Ramas del Poder Público, de acuerdo con el artículo 117 constitucional.*
- Las Ramas del Poder Público y los órganos de control ejercen “funciones separadas”, porque así lo manda el artículo 113 de la Carta.*
- El ejercicio de la función nominadora está sujeto a la normatividad legal que, con fundamento en la Constitución, es expedida para cada uno de los órganos y ramas del poder público que integran la estructura del Estado.*
- Se desconocería la Constitución misma si al órgano de control (en el caso en estudio, por medio del Procurador General de la Nación y de los procuradores regionales) se le asignara la función de nombrar el funcionario ad hoc como efecto directo de la aceptación del trámite de los impedimentos y recusaciones. Una disposición como esa no solo rompería con la lógica constitucional sino que llevaría a afectar negativamente el ejercicio mismo de la función de control respecto del servidor así designado.*

Así pues, la especialísima excepcionalidad del artículo 30 del C.C.A., en cuanto a la designación del funcionario ad hoc por la autoridad de control, encontró mayor fuerza en la Constitución de 1991, apreciación que se entiende ínsita en la decisión del legislador del año 2011 de reproducir de manera casi literal el texto del citado artículo 30 en el artículo 12 del CPACA. Como ya se dijo, no estaba en cuestión el darle a ese código pretendidos alcances en materia de modificar los arreglos constitucionales sobre competencias nominadoras.

La misma Sala en concepto del 19 de octubre de 2015 dentro del Radicado 11001-03-06-000-2015-00181-00(2273), da alcance al anterior concepto, retomando lo dicho y extendiendo su conclusión también a la designación de alcaldes distritales y municipales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en decisión del 03 de febrero de 2015 dentro de la Radicación 11001-03-06-000-2015-00006-00(C) sobre conflicto de competencias, interpretando la norma del inciso segundo del artículo 12 del CPACA, dijo:

4. El texto literal del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011

*Dijo el legislador en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011:
(Transcripción de la norma)*

Según el DRAE, el vocablo “trámite” significa “Cada uno de los estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión”.

En efecto, el transcrito artículo 12 de la Ley 1437 se refiere a las actuaciones que siguen a la presentación de un impedimento o recusación respecto de un servidor público, en especial cuando dicho impedimento o recusación es aceptado, puesto que la primera consecuencia de tal aceptación es apartar al servidor de las funciones referidas al asunto particular respecto del cual se configuró la causal legal de impedimento o recusación.

La segunda consecuencia es la de determinar cuál es la autoridad con competencia para conocer o continuar con la actuación o actuaciones administrativas requeridas por el asunto específico de que se trate. Y, como corolario, designar la persona natural que efectivamente asumirá dicho conocimiento.

Este último es el punto en discusión dentro de las diligencias que ahora examina la Sala. Por ende, el análisis se centra en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 1437 que se copia de nuevo para mayor facilidad de análisis:

“La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.”

Observa la Sala que salvo los vocablos “impedimento” y “ad hoc”, todas las demás palabras que integran el texto son de uso general. Bajo esta premisa procede a interpretar el tenor literal de la frase:

“Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc.”

Como está estructurada la frase, que además deja entre comas la expresión “pudiendo, cuando fuere preciso”, la interpretación literal exige dar significado a las palabras que la integran, para establecer su alcance respecto de los nombramientos o designaciones que deriven de la aceptación de impedimentos o recusaciones dentro de una actuación administrativa.

Hace énfasis la Sala en la palabra “pudiendo”, que antecede a la expresión “si es preciso”, pues es el gerundio del verbo “poder”; y este verbo denota una “facultad”, esto es, un “Poder, derecho para hacer algo”⁶ que, como se explicó, está sujeto a una condición de necesidad para que pueda ser ejercido.

La interpretación literal de la expresión “pudiendo” configura entonces, respecto del Procurador General, el otorgamiento de la función nominadora para la designación de funcionario ad hoc, como consecuencia de la aceptación de un impedimento o recusación dentro de una actuación administrativa.

No obstante, por las razones históricas y constitucionales explicadas por la Sala en el concepto del 6 de marzo de 2014, el texto legal estudiado remite a la regla general de competencia contenida en el artículo 66 de la Ley 4ª de 1913, por lo cual es el Presidente de la República y no el Procurador General de la Nación la autoridad competente para designar el “funcionario ad hoc” en las hipótesis reguladas por el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, en particular su inciso segundo.

La Sala estima pertinente remitir al concepto que rindió el 6 de marzo de 2014, radicación interna 2203, porque allí se examinaron los antecedentes y el marco jurídico del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, y se fundamentó la interpretación literal y el alcance en materia de competencia nominadora, de la expresión “pudiendo, cuando fuere preciso”.

La misma autoridad contenciosa administrativa en concepto 11001-03-06-000-2018-00045-00 (2373) del 31 de julio de 2018 respecto a la competencia de los concejos municipales para declarar inhabilidades e incompatibilidades de los candidatos a ocupar el cargo de personero y contralor municipal, dijo:

*Los concejos municipales tienen la función de elegir el personero y contralor municipal, atendiendo el procedimiento establecido en la normatividad vigente. **En desarrollo de tal atribución es responsabilidad de tales corporaciones públicas, en calidad de entidades nominadoras o electoras, verificar en forma previa a la elección del personero o contralor municipal el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del cargo dentro de los cuales se encuentra la verificación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la ley para el ejercicio del cargo so pena de nulidad de la elección.***

(Negrilla fuera de texto)

La Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública en el concepto 31751 de 2016, Radicado 20166000031751, de fecha 17 de febrero de 2016, dijo:

*En ese sentido, y como quiera que de conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el art. 23, Acto Legislativo 02 de 2015, **el nominador del contralor departamental son los miembros de la asamblea departamental**, se considera que el diputado no podrá postular ni participar en la elección del contralor en el caso que su pariente en los grados arriba indicados sea uno de los aspirantes al cargo.*

(Negrilla fuera de texto)

Concluyendo sobre el trámite de los impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo a que la Ley 1474 de 2011 no se pronunció sobre este aspecto, y teniendo en cuenta que este proceso es un proceso administrativo y no jurisdiccional, este trámite se continúa rigiendo por las disposiciones del artículo 35 de la Ley 610 y en los aspectos no contemplados allí, en las disposiciones del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA.

Este Despacho en el concepto 110.034.2019 contenido en el Radicado No. 20191100020831 del 10 de julio de 2019 en consulta sobre impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, hizo alusión a las causales establecidas en el artículo 11 del CPACA y a las contenidas en los artículos 140 y 141 de la Ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso), lo cual se revalúa en el presente concepto, atendiendo a la disposición del artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 en el que se establece que son causales “únicamente” las establecidas para los jueces y magistrados en el CPACA.

Así mismo, este Despacho en el concepto 110.041.2014 contenido en el Radicado No.

20141100050441 del 26 de noviembre de 2014 respecto del procedimiento para los impedimentos y recusaciones, concluyó:

En consecuencia, para resolver el impedimento o la recusación deberá aplicarse el artículo 35 de la Ley 610 de 2000 y en lo no previsto en ésta, remitirse a los ordenamientos de que trata el artículo 66 de la precita norma. Sin embargo, teniendo en cuenta que la ley estableció el procedimiento a seguir, no es viable la aplicación de las fuentes normativas enunciada en el citado artículo 66 de la Ley 610 de 2000.

Este concepto igualmente es necesario reevaluarlo en su parte final, teniendo en consideración, como se explicó anteriormente, que el contralor carece de superior jerárquico y funcional, por lo tanto es necesario acudir a la norma supletoria, es decir, al artículo 12 del CPACA, pero sólo para esa eventualidad y para el término de su resolución.

Así mismo y de conformidad a las normas, a la jurisprudencia y a los conceptos de las diferentes autoridades relacionados anteriormente, podemos concluir que la decisión respecto de los impedimentos y recusaciones referentes a los contralores territoriales, es competencia del procurador regional; en tanto que, la designación del contralor ad-hoc, es competencia de la asamblea departamental, el concejo distrital o el concejo municipal, según el orden territorial correspondiente, teniendo en cuenta su condición de nominador.

4. De la comunicación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal a la entidad afectada

El artículo 40 de la Ley 610 de 2000 establece:

Artículo 40. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.

En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.

Parágrafo. Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojen dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.

Respecto a la notificación del auto de apertura, la norma ibídem también dispone:

Artículo 41. Requisitos del auto de apertura. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

(...)

9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

En cuanto a la vinculación del tercero civilmente responsable, establece:

Artículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

Respecto a la remisión normativa, el artículo 66 de la Ley 610, establece:

Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

La Ley 1474 de 2011 introduce y reglamenta el proceso de responsabilidad fiscal verbal, así como también dicta algunas disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. En cuanto a la notificación del auto de apertura e imputación dispone:

Artículo 98. Etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso verbal comprende las siguientes etapas:

a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

El auto de apertura e imputación indicará el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remitirá la citación para notificar personalmente esta providencia. Luego de surtida la notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante;
(...)

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:

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.
(...)

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.

Observando que ni la Ley 610 de 2000 ni la Ley 1474 de 2011 contentivas de la normatividad referente a los procesos de responsabilidad fiscal tanto ordinarios como verbales respectivamente se refieren a la comunicación de dicho auto a terceros interesados (solo se refieren al tercero civilmente responsable), es necesario hacer uso de la remisión normativa establecida en la Ley 610 de 2000.

De acuerdo a la remisión normativa y teniendo en cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso administrativo, tenemos que la Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece:

Artículo 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.

*Artículo 38. Intervención de terceros. **Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, en los siguientes casos:***

1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.

3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

Parágrafo. La petición deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 16 y en ella se indicará cuál es el interés de participar en la actuación y se allegarán o solicitarán las pruebas que el interesado pretenda hacer valer. La autoridad que la tramita la resolverá de plano y contra esta decisión no procederá recurso alguno.

(Negrilla fuera de la norma)

La Corte Constitucional en sentencia C-341 de 2014 sobre la constitucionalidad de algunas

expresiones del artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, se pronunció así:

4.4. *El artículo 1º del nuevo Código, señala que las normas que conforman dicha parte, tienen “...como finalidad proteger, garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado.”*

4.5. *La disposición demandada en esta oportunidad, se encuentra en la Primera Parte del nuevo Código, que establece en su Título III, Capítulo I, las Reglas del Procedimiento Administrativo General, y que en términos generales, prescribe que:*

4.5.1. *Sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales[4], el trámite de las actuaciones administrativas se sujetaran al procedimiento administrativo común y principal definido por el Código, indicando que se adelantarán por escrito, verbalmente o por medios electrónicos, y que cuando se inicien de oficio, deberán informarse al interesado para el ejercicio del derecho a la defensa (arts. 34, y 35).*

(...)

5.3. *El derecho al debido proceso.*

5.3.1. *El debido proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, y como primer elemento cabe resaltar su aplicación no solo para los juicios y procedimientos judiciales, sino también para todas las actuaciones administrativas, cuando establece que: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la extensión del debido proceso a las actuaciones administrativas, tiene por objeto garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y extiende su cobertura al ejercicio de la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, cobijando todas sus manifestaciones, “en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, **a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar** y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses”[14].*

(...)

5.4. *El principio de publicidad como expresión del debido proceso.*

5.4.1. *Una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad, en virtud del cual, se impone a las autoridades judiciales y administrativas, el deber de hacer conocer a los administrados y a la comunidad en general, los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones y que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación, sanción o multa.*

5.4.2. *El principio de publicidad se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, que señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento entre otros, en el principio de “publicidad”, el cual se evidencia en dos dimensiones.*

5.4.3. *La primera de ellas, como el derecho que tienen las personas directamente involucradas, al conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, la cual se concreta a través de los mecanismos de comunicación y la segunda, como el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad*

de conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan conforme a la ley (...)

5.4.4. El suma, el principio de publicidad, visto como instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia de proferir decisiones debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico en actuar, a través de los mecanismos de comunicación instituidos en la ley[17], con el fin de que puedan ejercer sus derechos a la defensa y contradicción.

Ahora bien, la definición de los medios a través de los cuales se da cumplimiento al principio de publicidad, es competencia del Legislador, cuya función es señalar la forma más conducente para dar a conocer el hecho o acto, a los sujetos e interesados.

(...)

5.5.5. Se puede concluir que no existe un único medio idóneo para dar cumplimiento al principio de publicidad, y que la Constitución Política no prescribe una sola forma para poner en conocimiento de los sujetos con interés jurídico en actuar, los hechos, actos o decisiones que les puedan afectar, correspondiéndole al Legislador definir los diversos tipos de comunicación procesal, y su aplicación, según la materia del derecho de que se trate, los actos o providencias que se deban comunicar, las personas quienes se comunique y la oportunidad en que ellas se dictan. Así, lo importante es que el tercero afectado por la decisión conozca de la existencia de la medida administrativa –realizando el principio de la función pública de la publicidad-, sea por una comunicación a cargo de la administración, o bien por un conocimiento directo del aludido por la decisión administrativa por la notoriedad del acto, la ejecución del mismo, o incluso la acción directa del tercero (...)

(...)

5.6.3. Según lo planteado en el numeral 4 de esta providencia, el artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, se encuentra dentro de la primera parte del Código, en la que se regula el Procedimiento Administrativo, es decir, la forma en se surten las actuaciones de la administración, y de manera particular, establece el deber de la administración de comunicar la existencia de una actuación administrativa de contenido particular y concreto, a terceras personas que a juicio de la autoridad puedan resultar directamente afectadas por la decisión que en ella se adopte.

5.6.4. Como se observa, el acto de comunicación previsto por el Legislador en la disposición subexamine, se enmarca en las etapas preliminares de la actuación administrativa, en las cuales se pone en conocimiento la existencia de la actuación - previa la expedición del acto administrativo -, sin que con ello se esté creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica particular y la cual tiene por objeto que los terceros que puedan resultar afectados con la decisión que posteriormente en ellas se adopte, conozcan de su existencia y puedan ejercer el derecho a la defensa y contradicción. Es así como el artículo 37 señala que “la autoridad [...] les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma, el nombre del peticionario si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.”

(...)

III. CONCLUSIONES

1. Síntesis del caso.

(...)

1.2. No desconoce los derechos al debido proceso, a la defensa y contradicción de las terceras personas, la disposición que prescribe el deber de las autoridades de comunicarles la existencia de la actuación, cuando las decisiones que en ellas se adopten puedan afectarlas, en tanto ella facilita el conocimiento

por parte del tercero de los elementos esenciales de la actuación (su existencia, objeto y peticionario), permitiéndoles constituirse en parte y hacer valer sus derechos.

(...)

2. Regla de la decisión.

No desconoce el Legislador el derecho a la defensa y contradicción del tercero, al consagrar el deber de comunicarles la existencia de una actuación administrativa, cuando la autoridad advierta que puedan verse afectados por las decisiones que en ellas se adopten; por el contrario, se permite la realización del principio de publicidad y de contera, el ejercicio del derecho a la defensa de los terceros, pudiéndose constituir en parte y hacer valer sus derechos.

(Negrilla fuera del texto de la sentencia)

Colofón del tema de la comunicación del auto de apertura a la entidad afectada tenemos que efectivamente al ser la entidad, la persona afectada (aunque el daño se consolide al patrimonio público en virtud del principio presupuestal de unidad de caja), en desarrollo del principio constitucional del debido proceso (y dentro de él, el principio de publicidad), el organismo de control respectivo, debe poner en conocimiento de ella el inicio del proceso para que así pueda ejercer sus derechos, deberes y responsabilidades como parte interesada y en dicha medida contribuir mediante la colaboración en la oportunidad y diligencia en la respuesta a los requerimientos que surjan dentro del proceso, a la determinación de la responsabilidad fiscal y en dado caso al consecuente resarcimiento del daño patrimonial causado al patrimonio público.

5. De la versión libre

La Ley 610 de 2000 establece en su artículo 42 modificado por el artículo 136 del Decreto-Ley 403 de 2020:

Artículo 42. Garantía de defensa del implicado. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

En caso de no poder el implicado comparecer a la diligencia, podrá remitir por escrito o por cualquier medio de audio o audiovisual, su versión libre y espontánea, siempre que ofrezca legibilidad y seguridad para el registro de lo actuado.

La modificación realizada, se refiere a la adición del inciso tercero.

La Ley 1474 de 2011, respecto de esta figura de derecho en el proceso verbal de responsabilidad

fiscal, establece:

Artículo 99. Audiencia de descargos. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones:

(...)

3. Rendir versión libre.

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de algunos apartes del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 (anterior), en la sentencia C-131 de 2002, respecto de la exposición libre, dijo:

De esa disposición se infiere lo siguiente:

- La diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse durante la indagación preliminar, que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar al ejercicio de la acción fiscal, o en el proceso de responsabilidad fiscal, pero, en éste caso, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad.

- El investigado puede designar un abogado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea. Ello implica que el ejercicio de la defensa técnica en esa diligencia es facultativa pues el investigado puede elegir si designa o no un apoderado para que lo asista pero en caso de no hacerlo el investigador no está obligado a designarle un apoderado de oficio. Adviértase que la ley no excluye al apoderado del investigado de ese acto sino que la concurrencia de tal profesional queda supeditada a la decisión del procesado.

- Como la designación de apoderado no es obligatoria, su ausencia no conlleva la invalidación de lo actuado. Esto es, el ejercicio de la defensa técnica, como contenido del derecho a la defensa, no es un presupuesto de validez de la versión libre y espontánea. Para tal efecto, resulta intrascendente que el procesado haya decidido hacer uso o no de la facultad que tiene de designar un apoderado que lo asista en esa diligencia.

*- Finalmente, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no puede proferirse si al investigado no se le ha escuchado en exposición libre y espontánea o si, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, no se le ha designado apoderado de oficio. De esto se infiere, por una parte, que la diligencia de exposición libre y voluntaria, ya sea previa al proceso o dentro de él, es ineludible pues condiciona la validez del auto de imputación de responsabilidad fiscal. Por otra parte, la designación de apoderado de oficio para que asista al investigado es obligatoria en dos hipótesis: Cuando el investigado ha sido efectivamente citado y a pesar de ello no ha comparecido y cuando su localización no ha sido posible, exigencia que se explica por **la imposibilidad en que se halla de ejercer el derecho de defensa material.***

En ese marco, la Corte debe determinar si resultan o no contrarios al Texto Fundamental los dos puntos del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 abordados por la actora: De un lado, el carácter facultativo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal. Y de otro, la validez de esa diligencia en aquellos casos en que se practica sin que el investigado esté asistido por un apoderado.

(Negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996, se pronunció sobre la naturaleza y características del proceso de responsabilidad fiscal y la necesidad de asegurar en su trámite las formalidades propias del debido proceso. Dijo la Corte:

*d) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, **(derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.***

(Negrilla fuera del texto)

En cuanto a la versión libre, este Despacho en concepto 110.006.2013 contenido en el Radicado No. 20131100004191 del 1º de febrero de 2013 se pronunció así:

*Dado que el mandato de la Constitución Política obliga a que las garantías que constituyen el debido proceso, entre ellas el derecho de defensa — que implica el de ser oído y vencido en juicio— se cumplan en todo tipo de actuaciones, sean judiciales o administrativas, al igual que sucede en materia penal o disciplinaria, la exposición libre y espontánea es el primer medio de defensa del que goza el implicado. En el curso de esta diligencia, por iniciativa propia, libre de todo apremio y sin la solemnidad del juramento que distingue a la prueba testimonial, el implicado hace una narración de los hechos materia de averiguación, **sin estar obligado a responder las preguntas que se le formulen** y sin que lo así manifestado pueda utilizarse en su contra, pues esta declaración no es en modo alguno un medio probatorio.*

Y aunque no constituya una prueba sino un medio de defensa, esta misma característica implica que dentro de su desarrollo el exponente pueda solicitar la práctica de pruebas para apoyar su decir.

(Negrilla fuera de texto)

Respecto al tema de la versión libre y su presentación, es pertinente traer a colación el concepto CGR-OJ-0204-2016 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, contenido en el oficio 2016IE0094208 del 27 de octubre de 2016, en el que dijo:

Ahora bien, teniendo en cuenta los interrogantes formulados por el consultante, es oportuno señalar que

al ser escrito, el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, se infiere que en éste, puede el presunto implicado enviar un escrito refiriéndose a los hechos objeto de investigación y dando su versión libre sobre los mismos. Si el investigador formula preguntas debe obligatoriamente indicar al presunto responsable que se trata de una diligencia libre de juramento y apremio y que está en plena libertad de responderlas o no.

Por el contrario, en el marco del nuevo esquema procesal de tipo verbal, se dispone la existencia de dos audiencias: la audiencia de descargos y la audiencia de decisión. En la primera, es decir, en la de descargos, se presenta el momento procesal oportuno en donde se oye libre y espontáneamente a los encausados por expresa disposición del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, que establece:

"Audiencia de descargos. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones:

(...)

*3) **Rendir versión libre.**" (se resalta)*

De otro lado, el artículo 100 de la Ley 1474 de 2011 establece que el trámite de la audiencia de descargos se realizará conforme a las siguientes reglas:

*"a) El funcionario competente para presidir la audiencia, la declarará abierta con la presencia de los profesionales técnicos de apoyo designados; **el presunto responsable fiscal y su apoderado**, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante, o a quien se haya designado para su representación;(..." (se resalta)*

El sistema oral exige la inmediatez del juzgador quien debe tener contacto directo con las partes en el proceso. También con arreglo al principio de inmediatez, el proceso de responsabilidad fiscal verbal transcurre en presencia directa de quien profiere sentencia. En tal sentido la ley determina que el implicado en la audiencia de descargos debe rendir su versión libre, pues la razón de ser de la oralidad es precisamente el debate y requiere que las partes sean oídas, es decir, que tengan la posibilidad del contradictorio y un plazo razonable para ofrecer y producir sus pruebas y presentar sus argumentos de defensa.

En la audiencia de descargos, de igual forma, le asiste al operador jurídico el deber de informar al implicado que se trata de una declaración voluntaria, libre de todo apremio, que se encuentra en libertad de responder o no a las preguntas que se le formulen y que le asiste el derecho a nombrar un defensor que lo represente y que en caso de no hacerlo, se le designará un abogado de oficio y se le manifestará su derecho a la no incriminación-.

Conforme con lo anterior, se deduce que en el proceso de responsabilidad fiscal que se tramite por la vía verbal, es obligatorio asistir a la audiencia de descargos para rendir la versión libre y en consecuencia, la ritualidad de la misma, deviene igualmente oral. No obstante lo expuesto, por tratarse de un medio de defensa, se considera que éste no debe ser restringido so pena de afectar derechos fundamentales, razón por la cual si la versión libre se presenta por escrito, por el implicado, ésta puede ser leída en el desarrollo de la audiencia.

Igual posición se presenta en el concepto CGR-OJ-0218-2016 del mismo Despacho en oficio 2016IE0099772 del 17 de noviembre de 2016, manifestando:

El artículo 2 de la Ley 610 de 2000 no refiere formalidad alguna para rendir la versión libre sobre los hechos objeto de investigación. No obstante, el funcionario investigador en el momento de recibir la versión libre del presunto implicado, independientemente de su forma de presentación, está obligado a respetar los principios orientadores del procedimiento administrativo[14], constitucionales[15], y los contenidos en normas especiales[16].

Es por ello que si el presunto responsable decide presentar la versión libre por escrito, debe ser tenida en cuenta por el funcionario investigador e incorporarla atendiendo los derechos de defensa y el debido proceso. Asimismo, si es requerido por la administración y decide asistir, el investigador debe recibirle la versión libre y en el caso de formularle preguntas debe obligatoriamente indicarle que se trata de una diligencia libre de juramento y apremio y que está en plena libertad de responderlas o no.

Finalmente, esta posición jurídica de la Oficina Jurídica del ente de control fiscal superior, es recogida en el concepto CGR-OJ-0155-2017, contenido en el oficio 2017EE0088380 del 24 de julio de 2017, en el los siguientes términos:

3.2. Versión libre. Forma de presentación.

(...)

Como se denota de lo expuesto, en la acción fiscal, está contemplada la versión libre y espontánea. Es oportuno referirse en este caso, a la naturaleza jurídica de la versión libre y espontánea, se trata esta diligencia de escuchar a quien pueda estar implicado en la defraudación del erario, en cualquiera de sus formas, para que libre de cualquier apremio o coerción, realice una narración de los hechos y de su participación en los mismos. Constituye entonces la versión libre, un mecanismo para que la persona comprometida explique las circunstancias que rodearon los hechos objeto de la acción de la contraloría.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, es importante señalar que la versión libre en el proceso de responsabilidad fiscal comporta un verdadero ejercicio del derecho de defensa. Recuérdese que la disposición legal señala que no podrá proferirse el auto de imputación sin haber cumplido con este requisito, y de no poderse surtir tal diligencia deberá nombrarse apoderado de oficio.

(...)

En este orden jurídico, la versión libre es un derecho del implicado, bien sea que se trate de una indagación preliminar, que en caso de ser solicitada, deberá el operador jurídico realizar tal diligencia y en el proceso de responsabilidad fiscal deberá oírse al presunto responsable antes de proferirse el auto de imputación.

Cabe precisar que existen requisitos para surtir esta actuación, en razón a que le corresponde su recepción al funcionario competente, el cual no puede participar de la misma, salvo para realizar alguna aclaración, tampoco puede incitar a la respuesta, pues como se ha señalado, la versión libre es espontánea, quiere ello significar que el investigado refiere los hechos que conoce y que pueden conducir a esclarecer los hechos materia de investigación.

Teniendo en cuenta que esta diligencia se surte sin el apremio del juramento, y sin la interrogación o instrucción del funcionario instructor, luego al tener esta connotación, bien puede recibirse la misma, en forma oral o escrita. No se cree que genere nulidad u otra irregularidad procesal que tal actuación sea presentada en forma escrita. Ahora, lo que sí debe hacer al respecto el operador jurídico, es incorporarla al expediente, para lo cual se considera debe proferir un auto o dejar la constancia respectiva en el acta de la diligencia.

(...)

4. CONCLUSIONES.

(...)

4.2. *En razón a que la versión libre constituye una narración en forma voluntaria de los hechos, libre de cualquier coerción, bien puede recibirse en forma oral o escrita, pero debe el operador jurídico incorporarla al expediente.*

Concluyendo respecto de la versión libre o exposición voluntaria en el proceso de responsabilidad fiscal, debemos decir que ésta no es un medio de prueba, sino que es un derecho del investigado que puede ejercer o no, es un medio de defensa del investigado fiscalmente que tiene por objeto inicialmente permitirle a este el ejercicio de su derecho de defensa, a través de la cual él va a exponer lo que a bien tenga sobre los hechos materia de investigación, explicar las razones del mismos, solicitar la práctica de pruebas, ejercer el derecho de contradicción, entre otros. Esta es una declaración voluntaria, libre, sin el apremio del juramento, por lo que no requiere de la presencia de apoderado, y que además, no requiere de un interrogatorio formal como en el caso del testimonio.

Al tratarse de un medio de defensa en el cual el investigado expone o manifiesta lo que a bien tenga, esta exposición no es comparable con el medio probatorio de testimonio, en el cual el deponente debe contestar un interrogatorio de parte y sí está en la obligación de responderlo, así como también absolver las preguntas que a bien tenga efectuar el funcionario de conocimiento y las partes.

Los investigados en un proceso de responsabilidad fiscal gozan del derecho fundamental al debido proceso, por lo tanto, pueden actuar en cualquier etapa del proceso; siendo así, cualquiera de ellos puede intervenir en la diligencia de versión libre a otro investigado, pero teniendo en cuenta que dicha versión no es un medio probatorio sino un medio de defensa, la intervención de los demás investigados o sus apoderados, debe darse una vez éste termine su exposición libre y voluntaria y con su anuencia permitir el interrogatorio por parte de los demás, reservándose su derecho a responder o no. Ante esta circunstancia, el operador fiscal debe hacer la salvedad de que se está frente a una diligencia de exposición libre y voluntaria.

El investigado puede allegar su versión libre en medio escrito, la cual tendrá validez siempre y cuando sea suscrita por el versionado e incorporada al expediente en debida forma. No obstante, si dicha versión libre escrita se presenta en el proceso con trámite por el procedimiento verbal, ésta debe ser recibida y leída en la audiencia de descargos, atendiendo los principios de oralidad y de inmediación procesal que rigen tal procedimiento.

Ésta versión escrita, igualmente indica la comparecencia del investigado o del imputado al proceso y la efectivización del derecho fundamental al debido proceso y dentro de él al derecho a intervenir en el proceso, a la defensa, etc., así, al ya haber comparecido de manera directa, no es procedente la designación de defensor de oficio en los términos del artículo 43 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 137 del Decreto-Ley 403 de 2020, que establece:

*Artículo 43. Nombramiento de defensor de oficio. Si el implicado no puede ser localizado **o citado no comparece a rendir la versión**, se le nombrará defensor de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.*

Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.

(Negrilla fuera de la norma)

Con respecto a la norma anterior, la modificación se refiere al cambio del término “apoderado” por el de “defensor”.

6. Notificación decreto de pruebas

La Ley 610 de 2000 en su artículo 3º establece los principios que rigen la acción fiscal así:

*Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal **se garantizará el debido proceso** y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.*

(Negrilla fuera de la norma)

El artículo 29 de la Carta Política establece:

*Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
(...)*

La Corte Constitucional respecto del debido proceso se ha pronunciado en múltiples sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela, por mencionar solo algunas, las C-1189 de 2005, C-980 de 2010, C-085 de 2014, C-341 de 2014, C-146 de 2015, C-496 de 2015, , T-442 de 1992, T-1739 de 2000, T-210-10, T-229 de 2019, T-385 de 2019, . Para el presente concepto traemos a colación, la sentencia C-034 de 2014, en la que dijo:

*En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.[10] Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, **la garantía de los derechos de defensa y contradicción**, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.[11]*

*Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- **el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para***

que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.

(Negrilla fuera del texto)

Respecto de la notificación de las providencias dictadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal tramitado bajo el procedimiento ordinario, la Ley 1474 de 2011, establece:

Artículo 106. Notificaciones. 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.

En cuanto a las dictadas en el proceso tramitado bajo el procedimiento verbal, establece:

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:

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.

De la normatividad y jurisprudencia transcrita se concluye que la notificación del auto que decreta o niegue pruebas, se notificará mediante estado en el proceso tramitado por el procedimiento ordinario y por estrados en el procedimiento verbal.

En cuanto a los medios probatorios de testimonio y visita especial, en las cuales se requiere fijar fecha y hora para su práctica, teniendo en cuenta la remisión normativa establecida en el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, nos remitimos a lo establecido en los artículos 213 (para el testimonio) y 237 (para la visita especial) del Código General del Proceso:

Artículo 213. Decreto de la prueba. Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará que se practique el testimonio en la audiencia correspondiente.

Artículo 237. Solicitud y decreto de la inspección. Quien pida la inspección expresará con claridad y precisión los hechos que pretende probar.

En el auto que decreta la inspección el juez señalará fecha, hora y lugar para iniciarla y dispondrá cuanto estime necesario para que la prueba se cumpla con la mayor eficacia.

De lo anterior se obtiene que en la providencia en que se decreta y ordene la práctica de la prueba testimonial o de visita especial, se debe indicar la fecha hora y lugar en que se llevará a cabo; providencia que se notifica por estado en los procesos ordinarios y por estrado en audiencia en el caso de los procesos verbales; esta notificación es indispensable para efectos de honrar el debido proceso y de manera puntual los derechos de defensa y a controvertir la prueba.

7. Audiencia de decisión

El trámite de esta audiencia de decisión se encuentra regulado en el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011 modificado por el artículo 142 del Decreto-Ley 403 de 2020, así:

Artículo 101. Trámite de la audiencia de decisión. La audiencia de decisión se tramitará conforme a las siguientes reglas:

*a) El funcionario competente para presidir la audiencia de decisión, la declarará abierta **con la presencia** del funcionario investigador fiscal, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante o a quien se haya designado para su representación. Podrán ser invitados a la audiencia los profesionales de apoyo técnico que se considere necesario;*

b) Se concederá el uso de la palabra a los sujetos procesales para que expongan sus alegatos de conclusión sobre los hechos que fueron objeto de imputación;

c) El funcionario realizará una exposición amplia de los hechos, pruebas, defensa, alegatos de conclusión, determinará si existen pruebas que conduzcan a la certeza de la existencia o no del daño al patrimonio

público; de su cuantificación; de la individualización y actuación del gestor fiscal a título de dolo o culpa grave; de la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable fiscal y el daño ocasionado, y determinará también si surge una obligación de pagar una suma líquida de dinero por concepto de resarcimiento;

d) Terminadas las intervenciones el funcionario competente declarará que el debate ha culminado, y proferirá en la misma audiencia de manera motivada fallo con o sin responsabilidad fiscal. Para tal efecto, la audiencia se podrá suspender por un término máximo de veinte (20) días, al cabo de los cuales la reanudará y se procederá a dictar el fallo correspondiente, el cual se notificará en estrados. El responsable fiscal, su defensor, apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable, deberán manifestar en la audiencia si interponen recurso de reposición o apelación según fuere procedente, caso en el cual lo sustentará en la misma audiencia o por escrito dentro de los diez (10) días siguientes;

e) La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal será indexada a la fecha de la decisión. La providencia final se entenderá notificada en estrados en la audiencia, con independencia de si el presunto responsable o su apoderado asisten o no a la misma.

(Negrilla fuera de la norma)

La modificación introducida respecto de la norma anterior se refiere en el literal a) a establecer la comparecencia de los profesionales de apoyo técnico de manera optativa y no obligatoria; y en el literal d) a que la sustentación del recurso ante el fallo se haga en la misma audiencia o por escrito dentro del término establecido.

La norma ibídem en el literal d) del artículo 98 determina:

Artículo 98. Etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso verbal comprende las siguientes etapas:

(...)

*d) Una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, **las audiencias se instalarán y serán válidas, aun sin la presencia del presunto responsable fiscal.** También se instalarán y serán válidas las audiencias que se realicen sin la presencia del garante.*

La ausencia injustificada del presunto responsable fiscal, su apoderado o del defensor de oficio o del garante o de quien este haya designado para que lo represente, a alguna de las sesiones de la audiencia, cuando existan solicitudes pendientes de decidir, implicará el desistimiento y archivo de la petición. En caso de inasistencia a la sesión en la que deba sustentarse un recurso, este se declarará desierto.

(Negrilla fuera de la norma)

La Corte Constitucional en revisión de constitucionalidad del literal d) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, determinó en sentencia C-083 de 2015:

Sin embargo, revisada la Ley 1474 de 2011 de manera general y analizado el artículo objeto de estudio de acuerdo con ese ordenamiento, no encuentra la Corte que del precepto acusado en concreto, se desprenda de manera directa una presunta validez de las demás audiencias, sin la presencia de ninguno

de los sujetos procesales. En particular, porque existe paralelamente en el inciso primero del literal acusado, una proposición normativa que parece contradecir de manera expresa esa observación.

(...)

37-. El artículo 98 de la Ley 1474 de 2011[180], en el que está incluido el literal acusado, describe de manera genérica las etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y señala que éste se tramitará en dos audiencias: la de Descargos y la de Decisión.

Sobre esa base, el artículo demandado sostiene que una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, las "audiencias" se instalarán y serán válidas, aún sin la presencia del investigado.

Esto significa que todas las audiencias que se lleven a cabo con el apoderado, tienen plenos efectos procesales con su simple comparecencia, y dado que el artículo 98 de la Ley al hablar de audiencias se refiere en concreto a las de Descargos y Decisión, está claro que el inciso primero del literal d) también se refiere a ellas, necesariamente.

(...)

La expresión "algunas de las sesiones de audiencia" contenida en el literal enunciado, a diferencia de lo alegado por la Vista Fiscal en su escrito, no puede ser entendida como la expresión de otro tipo de audiencias distintas a la de Descargo o la de Decisión, en la medida en que como explicó la Sala en el punto anterior, el procedimiento de responsabilidad verbal se lleva a cabo a través de estas dos audiencias, que terminan siendo el eje central del proceso de responsabilidad fiscal al que se alude en esta oportunidad. En consecuencia, la expresión sólo se refiere a cualquiera de las sesiones que pueden derivarse de tales audiencias de Descargos o de Decisión, sea porque éstas fueron suspendidas y se reanudan nuevamente, o se establecieron nuevas fechas para su celebración, etc.

(...)

39.- Así las cosas, la lectura exegética de este literal, permite concluir que es cierto, conforme a este inciso en particular, que la no comparecencia del responsable fiscal y su apoderado a "alguna de las sesiones de audiencia", cuando existan asuntos pendientes de decidir, da lugar a las cargas procesales expuestas.

(...)

No obstante, en la audiencia de Decisión, según el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011, literal a) que regula su trámite, la audiencia se entiende abierta, con la presencia del "presunto responsable fiscal o el apoderado, si lo tuviere o el defensor de oficio"[182], disposición que parecería suponer que no se requiere necesariamente para su apertura, de la presencia concomitante del representante y su apoderado en esta audiencia, sino que puede ausentarse perfectamente el indagado o el apoderado a ella.

La misma consideración anterior se desprende de las reglas de notificación en este trámite procesal, ya que se considera surtida la notificación de las decisiones de apertura de imputación de responsabilidad y la que resuelve los recursos de reposición y apelación contra el fallo de responsabilidad fiscal, que requieren de notificación personal, indistintamente de si la notificación se hace al presunto responsable fiscal o a su apoderado, según el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011[183].

Lo anterior parece reflejar, que si bien en algunos momentos procesales del trámite de responsabilidad fiscal verbal, éste parece requerir necesariamente la comparecencia del indagado y su apoderado a las audiencias, en otros momentos, basta con la simple comparecencia del apoderado para darle eficacia a las actuaciones procesales relevantes.

(...)

*En estas materias, la Corte ha reconocido que los procesos administrativos no tienen la misma rigurosidad que otro tipo de procesos, en cuanto a las exigencias de defensa técnica[189]. Por ende, en principio, no es estrictamente necesario contar con un apoderado judicial en todas las instancias de los procesos administrativos descritos, aunque claramente, **ante la inasistencia plena del imputado, es perentorio nombrar un abogado de oficio, dada la necesidad de asegurar materialmente el derecho de defensa del investigado.** Esa exigencia procesal está estipulada en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, en el artículo 100 literal b) de la Ley 1474 de 2011.*

(...)

42.- Por consiguiente, la Corte Constitucional declarará la exequibilidad condicionada del literal d) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, en el entendido de que las cargas de desistimiento y archivo de la petición o la declaratoria de desierto del recurso que debe ser sustentado, no se le aplicarán al presunto responsable fiscal, cuando en la audiencia correspondiente éste se ausente y sólo comparezca su apoderado de confianza, cuya personería jurídica haya sido debidamente reconocida en el proceso.

(Negrillas fuera de texto)

De conformidad con la norma legal y la jurisprudencia transcrita, este Despacho concluye que respecto de la audiencia de decisión, para su apertura se requiere necesariamente la presencia tanto del presunto responsable como del garante o de los apoderados respectivos sean de confianza o de oficio pero previo su correspondiente reconocimiento dentro del proceso. Y es así, toda vez que si hacemos una lectura literal de la norma, en ella se hace la relación de las personas que deben estar presentes entre ellos, por supuesto, el presunto responsable, usando la conjunción disyuntiva “o”, lo que indica que las personas de la lista son alternativas o reemplazantes, es decir que puede ser el uno o el otro, pero no los excluye; así las cosas, lo que la norma indica es que para la apertura de esta audiencia respecto del presunto responsable, debe estar por lo menos una de las tres personas enlistadas: el mismo presunto responsable, su apoderado de confianza (cuando lo tenga y haya sido reconocido) o su defensor de oficio debidamente posesionado.

La norma del literal d) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011, lo que hace es habilitar para que el proceso continúe aún sin la presencia del imputado cuando ya se le ha reconocido personería jurídica a su apoderado, y es lógico, pues al contar el imputado con un representante reconocido, no se hace necesaria su presencia, continuándose el proceso con su apoderado; pero no está habilitando la continuación, sin su presencia cuando no esté debidamente representado, caso en el cual, el operador jurídico fiscal tiene la potestad de nombrarle defensor de oficio y así continuar el proceso evitando la parálisis del mismo en contravía de los principios de celeridad, eficacia, economía, etc., haciendo uso de la disposición del numeral 1 del artículo 42 del CGP:

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

(...)

Respecto a la inasistencia del apoderado a la audiencia, el funcionario de conocimiento, debe hacer uso de la disposición del artículo 43 del Código General del Proceso, que determina:

Artículo 43. Poderes de ordenación e instrucción. El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción:

(...)

5. Ratificar, por el medio más expedito posible, la autenticidad y veracidad de las excusas que presenten las partes o sus apoderados o terceros para justificar su inasistencia a audiencias o diligencias. En caso de encontrar inconsistencias o irregularidades, además de rechazar la excusa y aplicar las consecuencias legales que correspondan dentro del proceso o actuación, el juez compulsará copias para las investigaciones penales o disciplinarias a que haya lugar.

Lo anterior en consonancia con el deber establecido en el artículo 42 ibídem:

Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez:

(...)

3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

8. Cesación de la acción fiscal: recursos y grado de consulta

Cesación de la acción fiscal

La Ley 610 de 2000 respecto a la cesación de la acción fiscal, dispone:

Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Por su parte la Ley 1474 de 2001 respecto de esta figura jurídica dispone:

Artículo 111. Procedencia de la cesación de la acción fiscal. En el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad.

Respecto a la expresión final del artículo transcrito, la Corte Constitucional se declaró inhibida en la Sentencia C-337 de 2014 al constatar que se trata de una proposición jurídica inexistente, anotando en su *ratio decidendi*:

2.5.2. Ahora bien, el legislador en el artículo 111, mantuvo la expresión “Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad”, expresión que, como se pudo observar en el trámite legislativo, (supra 2.4.3.), hacía referencia al principio de oportunidad en materia fiscal, incluido en la ponencia

para segundo debate en Cámara - artículo 144 del proyecto – y eliminado en la plenaria de dicha Corporación. En modo alguno, tal expresión hace referencia a la figura similar del proceso penal.

(...)

2.6.2. Para la Corte, la lectura dada por el demandante a la disposición acusada es errada, puesto que pone de manifiesto un contenido que la norma no tiene, al considerar que la expresión final del artículo 111 de la Ley 1474/11, “Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad” establece una nueva causal para la cesación de la acción fiscal, y que además el principio de oportunidad a que se refiere el citado artículo, es el definido por el Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004). A juicio de la Corte, la disposición acusada es clara, en el sentido que prevé únicamente dos causales expresas para la cesación de la acción fiscal, a saber: (i) el pago del detrimento patrimonial investigado o por el cual se ha formulado imputación o (ii) el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada, y para tal fin, introdujo el vocablo “únicamente”, con el fin de señalar que procedería de manera exclusiva en esos dos eventos.

2.6.3. Tampoco comparte esta Corporación la interpretación que hace la actora, al considerar que el principio de oportunidad a que se refiere la expresión acusada es el contemplado en la ley procesal penal. Como se anotó ya en esta providencia, (supra 2.4.3.) el aparte acusado hacía parte de las modificaciones propuestas en la ponencia para segundo debate en Cámara, que incluía 2 artículos – el 126 (hoy 111) y el 144 – referente a la figura del principio de oportunidad en materia de responsabilidad fiscal. De ellos fue aprobado en la etapa de conciliación tan solo el texto del hoy artículo 111, quedando por fuera el artículo 144 que establecía los eventos de aplicación de tal principio. En virtud de que el principio de oportunidad en materia de responsabilidad fiscal no fue aprobado por el legislador, la expresión “Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad”, al referirse a una figura inexistente jurídicamente, carece de eficacia, no siendo posible en ningún caso, asimilarla al principio de oportunidad en materia de responsabilidad penal.

2.6.4. Por lo expuesto, encuentra la Corte que el cargo formulado por el demandante, por presunta omisión legislativa relativa, carece de certeza en tanto no recae sobre una proposición jurídica real y existente, sino sobre una que el actor deduce de manera subjetiva según su interpretación de la norma acusada. En este sentido, no es posible a esta Corporación abordar el examen de la omisión en la que presuntamente incurrió el Legislador, pues el supuesto sobre el cual se edifica el argumento del tratamiento discriminatorio e inconstitucional es inexistente.

2.6.5. En conclusión, debe la Corte inhibirse para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la expresión “Lo anterior sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad”, del artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Este Despacho considera que el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011 derogó tácitamente el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, toda vez que aquel determina de manera expresa los eventos en que procede la cesación de la acción fiscal, los cuales difieren de los establecidos en la norma de la Ley 610 de 2000.

Ahora, respecto del efecto de la declaratoria de la cesación de la acción fiscal, la Ley 610 de 2000, determina:

*Artículo 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.

(Negrilla fuera de la norma)

De los recursos en el proceso de responsabilidad fiscal

La Corte Constitucional respecto de los recursos se ha pronunciado en múltiples sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela desde tiempos pretéritos, como por ejemplo en la sentencia de tutela T-576 de 1992, en la que dijo:

Los Recursos Administrativos

Esta misma Sala con ocasión de la revisión de la Tutela No. 3197, sentencia T-552, del 7 de octubre de 1992, hizo entre otras precisiones sobre el Derecho Fundamental al Debido Proceso Administrativo, la de que "es un conjunto complejo de circunstancias de la administración que le impone la ley para su ordenado funcionamiento, para la seguridad jurídica de los administrados y para la validez de sus propias actuaciones". Dentro de aquellas circunstancias, se encuentran los medios, que el conocimiento jurídico denomina "RECURSOS", a disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la ley, y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", a fin de permitir a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial. Existe además, la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, como un requisito previo, establecido por la ley, para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica, nada menos, que su debido agotamiento es requisito indispensable para el ejercicio, en los casos de ley, del derecho fundamental al libre acceso a la justicia. La razón de la exigencia legal del agotamiento señalado, es la de que la administración revise los reparos que se le formulen a su actuación, antes de que conozca de ellos quien tiene la competencia para juzgados, a fin de que pueda enmendados, cuando sea oportuno.

Y más recientemente en sentencia C-146 de 2015, donde consigna:

Esta Corporación ha destacado, las siguientes exigencias que deben cumplirse en cualquier tipo de juicio como garantías mínimas que deben ser observadas por las autoridades[8]: el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de obtener pronta resolución judicial; el acceso al "juez natural" como funcionario que ejerce la jurisdicción en determinado proceso, de conformidad con la ley; la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa con aplicación de todos los elementos legítimos para ser oído dentro del proceso; los procesos deben desenvolverse dentro de plazos razonables y sin dilaciones injustificadas; el juez debe ser imparcial, autónomo e independiente, de tal forma que debe ejercer su labor sin intromisiones de los demás poderes públicos, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico; y la posibilidad de atacar a través de recursos adecuados y efectivos las decisiones que afectan derechos[9].

(...)

2.6.2.1. Cabe recordar que el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental que se materializa a través del establecimiento legal de recursos adecuados y efectivos que garanticen al

ciudadano acercarse a las autoridades para solucionar una controversia, o bien, poder atacar una decisión judicial o actuación administrativa que le resulta desfavorable. Del mismo modo, de la efectividad de los recursos que se ejerciten depende igualmente el derecho al debido proceso, y en ese orden, las herramientas que disponga el ordenamiento jurídico para acceder a la justicia no pueden ser meramente formales sino que deben ser realmente efectivas. En palabras de esta Corporación:

(...)

Del mismo modo, se reitera en el Informe de Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 315 de 2010 en Cámara de Representantes, refiriéndose a los recursos en la vía gubernativa, se afirmó que el Código tiene la filosofía de que se tramiten de manera efectiva los recursos ante la administración con el fin de que ésta tenga la oportunidad de corregir o enmendar su propio acto antes de que se acuda a los jueces. Con estas afirmaciones la Sala nota que el legislador tiene una clara intención de darle una verdadera relevancia a la relación entre la administración y el administrado y en garantizar que en estas actuaciones se observe una interacción en la que prevalezca el debido proceso y la contradicción con todas sus garantías[44].

La alta Corporación viene relacionando los recursos con el derecho de petición desde tiempo atrás en sentencias tales como la C-365 de 1994, T-304 de 1994, C-788-02, que recoge en la sentencia C-631 de 2012, en la que concluye:

18.- Ahora, si bien es cierto que el principio de la doble instancia admite excepciones, no lo es menos que la posibilidad de interposición de los recursos consagrados en el ordenamiento es una garantía esencial del debido proceso de raigambre constitucional (C.P., art. 29), comoquiera que “los recursos, concebidos como instrumentos de defensa mediante los cuales quien se considere afectado por una decisión judicial o administrativa la somete a nuevo estudio para obtener que se revoque, modifique o aclare, hacen parte de las garantías propias del debido proceso. El artículo 29 de la Constitución exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de instaurar recursos contra las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo”[13].[14]

Tesis jurisprudencial que fue recogida por el legislador a través de la Ley 1755 de 2015 que sustituyó el Título II del CPACA, estableciendo dentro de la regulación del derecho de petición en los artículos 13 y 15, lo siguiente:

Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades (...)

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este código.

(...)

Más recientemente respecto a los recursos, dicha Corte en sentencia C-007 de 2017, dijo:

26. Así, no le asiste razón al demandante cuando asevera que la jurisprudencia ha dicho que los recursos son un elemento estructural del núcleo esencial del derecho fundamental de petición. Lo que la Corte sí ha establecido es que se trata de una manifestación o desarrollo del derecho de petición; una forma de su ejercicio. En ese contexto, también ha establecido que el ejercicio de estos recursos está atado al núcleo esencial del derecho de petición. Lo anterior supone la obligación para la administración de dar respuesta oportuna, clara y de fondo a la solicitud formulada, lo cual exige que la respuesta se dé en los términos regulados por dicho procedimiento, siempre que éste responda a las anteriores pautas. Por lo tanto, es indudable que los recursos se guían por los principios del derecho de petición y son una modalidad de su ejercicio, pero eso no es equivalente a establecer que éstos sean un elemento estructural del mismo. Bajo esa lógica, todos los procedimientos judiciales en todas las ramas del derecho serían elementos estructurales del derecho de petición, cuando en realidad son manifestaciones del ejercicio de ese derecho.

Según el tratadista Mario Madrid-Malo G., en su obra “Diccionario Básico de Términos Jurídicos”, los recursos son:

“Medios establecidos por el legislador para obtener la revocación, aclaración, reforma o modificación de una providencia judicial o de una decisión administrativa”

Ley 610 de 2000 en su artículo 55 establece:

Artículo 55. Notificación del fallo. La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico, ante los funcionarios competentes.

Como se observa, la ley determina la procedencia de recursos contra la decisión del proceso de responsabilidad fiscal, es decir, contra el fallo, bien con responsabilidad fiscal o bien sin responsabilidad fiscal, pues son las únicas formas para decidir el proceso de responsabilidad fiscal teniendo en cuenta que según el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, éste se define como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares”, por lo tanto, la cesación de la acción fiscal y el archivo del proceso, son “formas anormales de terminación del proceso”, más no de decisión del mismo.

La Ley 1474 de 2011 reguladora del proceso de responsabilidad fiscal tramitado por el procedimiento verbal, determina en su artículo 102 los actos procesales respecto de los cuales procede algún recurso, estableciendo igualmente cuál:

Artículo 102. Recursos. Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos:

El recurso de reposición procede contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones.

El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decrete medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo.

Contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación.

El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada.

Estos recursos se interpondrán en la audiencia de decisión y serán resueltos dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación del mismo.

Respecto a la procedencia de recursos respecto del auto de cesación de la acción fiscal y de archivo del proceso, ni la Ley 610 de 2000 reguladora del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, ni la Ley 1474 de 2011 reguladora del proceso verbal de responsabilidad fiscal establecen recursos contra dichas decisiones en particular; por lo tanto, teniendo en cuenta que estas decisiones son definitivas, es decir, que ponen fin al proceso, aunque de forma anormal, haciendo uso de la disposición del artículo 66 de la Ley 610 de 2000, debemos remitirnos al Código Contencioso Administrativo (hoy CPACA) encontrando en su artículo 74 la reglamentación correspondiente:

Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

- 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.*
- 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

- 3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.*

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Los recursos establecidos en la norma transcrita, se deben interponer, en los procesos tramitados por el procedimiento ordinario, dentro del término de ejecutoria establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, tratándose de un aspecto procesal debidamente reglamentado en la ley especial; en tanto que para los procesos tramitados por el procedimiento verbal regulado en la Ley 1474 de 2011, se deben interponer al momento de su notificación en audiencia en los términos del literal b) del artículo 104 ibídem:

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:

(...)

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;***

(...)

(Negrilla fuera de la norma)

Respecto de los recursos, es pertinente traer a colación un aparte del concepto CGR-OJ-0083-2017 contenido en el oficio 2017EE0047702 del 19 de abril de 2017 de la Oficina Jurídica de la CGR, en respuesta a consulta sobre el tema, efectuada por el peticionario del presente concepto:

Sea lo primero señalar, que "los recursos administrativos constituyen: por un lado, una posibilidad para los sujetos pasivos del acto administrativo de ejercer su derecho de contradicción cuestionando ante la administración el contenido de su decisión, con el objetivo de que ésta sea revocada, modificada o aclarada", y; de otro lado, posibilitar un espacio a la autoridad para que revise sus propias actuaciones, de tal manera que se impida un control judicial posterior[12]. En este caso, la revisión de la que hablamos surge siempre por iniciativa de aquellos que fueron afectados con la decisión administrativa. Adicionalmente, el debate en sede administrativa constituye un requisito de procedibilidad para acudir al control judicial, de ahí que, el artículo 161.2 de la nueva codificación disponga: "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios."[13]

(...)

Sí bien es cierto, el auto de cesación de la acción fiscal procede: i) cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial investigado o por el cual se ha formulado imputación, y ii) cuando se hayan reintegrado los bienes objeto de pérdida investigada o imputada, dentro del mismo auto y por éstas razones se ordena el archivo de las diligencias. Siendo entonces el auto de cesación de la acción fiscal también un auto de archivo, contra el mismo procede el grado de consulta.

De la normatividad transcrita así como de la amplia jurisprudencia relacionada, este Despacho concluye respecto a la procedencia de los recursos respecto del auto que decreta la cesación de la

acción fiscal y el consecuente archivo, que no se encuentran razones jurídicas para afirmar su improcedencia; lo que se observa es que el legislador fiscal no lo estableció dentro de los actos susceptibles de recursos teniendo en cuenta que, siendo los recursos medios de impugnación o de defensa respecto de decisiones adversas para el administrado, en el proceso de responsabilidad fiscal, sería poco probable interponerlos contra un auto de cesación de la acción fiscal que de manera fehaciente es una decisión favorable al imputado toda vez que con él se finaliza el proceso (por haberse dado el resarcimiento del daño imputado) y por tanto, no va a ser objeto de acciones negativas como serían la declaratoria de la responsabilidad fiscal y sus consecuencias como la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales, el cobro del resarcimiento por vía coactiva, la implicación laboral negativa si se trata de funcionario público, etc.

De otro lado, el bien jurídico tutelado (patrimonio público) encuentra su defensa en el grado de consulta establecido en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 respecto de la decisión de cesación de la acción fiscal la cual conlleva la decisión de archivo del proceso, siendo este uno de los eventos para los que el legislador estableció el grado de consulta (tema que se desarrolla en el siguiente numeral).

Colofón del tema, la ley no prevé recursos respecto de la decisión de cesación de la acción fiscal, no obstante en desarrollo del principio de defensa inmerso en el principio fundamental del debido proceso, en caso (un tanto remoto) de interponerse, éste debe tramitarse en los términos del literal d) del artículo 101 y en el inciso final del artículo 102 de la Ley 1474 de 2000 para el caso de los procesos de responsabilidad fiscal tramitados bajo el procedimiento verbal; y en los términos del artículo 55 de la Ley 610 de 2000 para los procesos tramitados por el procedimiento ordinario.

9. Grado de consulta

La Ley 610 de 2000 en su artículo 18 modificado por el artículo 132 del Decreto-Ley 403 de 2020, establece el grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal 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 defensor de oficio, en desarrollo del cual se podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro del término de ocho (8) días siguientes a su notificación, a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurridos dos (2) meses 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.

Parágrafo transitorio. Los términos previstos en el presente artículo se aplicarán a los procesos que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley.

La modificación a la norma anterior, se refiere a establecer que el alcance de la consulta va hasta una revisión integral de la actuación procesal, para confirmarla, modificarla o revocarla, pudiendo el superior tomar la decisión o devolverla a la primera instancia; amplía el término para el envío del expediente de tres a ocho días y amplía el término para la pérdida de competencia del superior para decidir de un mes a dos meses, aclarando respecto de estos nuevos términos, que ellos **aplican a los procesos que se inicien con posteridad a la modificación.**

Respecto a esta figura jurídica, la Corte Constitucional en sentencia C-424 de 2015 se refirió así:

3.2. La consulta en la jurisprudencia.

3.2.1. La consulta, como institución procesal, no está consagrada como un medio de impugnación o recurso ordinario al alcance de las partes. Opera como una especie de revisión por ministerio de la ley, tanto desde su consagración original en el Decreto 2158 de 1948[4] como actualmente. El entonces Tribunal Supremo de Justicia, consideró respecto de este mecanismo procesal, en Sentencia de julio 30 de 1985, Sala de Casación en lo Civil, lo siguiente:

“La consulta, que no es ciertamente un recurso, sino un segundo grado de competencia funcional, está destinada a que el superior revise oficiosamente las sentencias proferidas por el a quo, en determinados negocios y según la índole de la decisión tomada. Aunque la consulta procede en las hipótesis precedentes, no hay lugar a ella cuando la parte, en cuyo beneficio se ha consagrado, ha interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia del a quo, porque si el objetivo de aquélla es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, tal objetivo se cumple con la interposición del recurso de alzada.” (Subraya fuera de texto)

3.2.2. Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo. Esta Corporación en la sentencia C-583 de 1997 al examinar la constitucionalidad una disposición del Código de Procedimiento Penal, expresó en lo atinente a la relación de la consulta y la prohibición de reforma en perjuicio, que:

“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. 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.” (Subrayas fuera de texto)

3.2.3. De igual modo, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad del principio de consonancia en las sentencias de segunda instancia -artículo 35 de la Ley 712 de 2001- declaró su exequibilidad a través de la sentencia C-968 de 2003, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. Adicionalmente, en dicha oportunidad, este Tribunal se refirió al grado jurisdiccional de consulta en los siguientes términos:

A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida. (Subraya fuera de texto)

La consulta es un mecanismo *ope legis*, esto es, opera por ministerio de la ley y, por tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas. Además, la consulta está consagrada en los estatutos procesales generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate.

La jurisprudencia constitucional ha expresado que la consulta no es un auténtico recurso sino un grado jurisdiccional que habilita al superior jerárquico para revisar la legalidad de algunas providencias, por mandato de la ley y sin que medie impugnación por parte del sujeto procesal que se considere agraviado.” (Subraya fuera de texto)

3.2.4. Lo anterior, se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de *non reformatio in pejus*.

(...)

3.3.5. Unido a lo anterior, la sentencia C-968 de 2013 hizo una referencia expresa sobre el tipo de derechos que se buscan proteger mediante la institución de consulta, así:

Como puede apreciarse, la consulta se halla instituida para la protección de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador que, a manera de principios básicos, contiene el artículo 53 de la Carta Política, pues este grado jurisdiccional opera cuando las sentencias de primera instancia “fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador”, siempre y cuando dichas providencias no hayan sido apeladas. Así mismo, la consulta persigue la defensa de los bienes

públicos ya que procede frente a esas mismas providencias cuando fueren adversas, total o parcialmente, a la Nación, al departamento y al municipio, evento en el cual no está condicionada a que se haya interpuesto el recurso de apelación.

(...)

3.3.7. En síntesis, (i) la consulta es una figura que busca garantizar los derechos de la parte vencida en pleito, en este caso, la más débil de la relación contractual, razón por la cual, en el caso laboral se centra en la defensa de los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; (ii) así mismo es una expresión de la doble instancia sin que este atada a los principios que la rigen, ya que procura garantizar efectivamente los derechos de las partes en el proceso.

(Subrayado propio del texto)

Es procedente y pertinente para el presente concepto sobre el tema del grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal, traer a colación lo manifestado por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-2015IE0004061 del 27 de enero de 2015:

De conformidad con lo anterior, se resolverán los interrogantes formulados.

1. ¿La parte motiva, en cuanto a sugerencias y observaciones de los autos de Grado de Consulta tienen carácter vinculante, es decir, cuando se hacen recomendaciones o sugerencias?

Teniendo en cuenta que el objeto del grado de consulta es la defensa del (i) interés público, (ii) el ordenamiento jurídico y (iii) los derechos y garantías fundamentales, el superior que profiere la decisión está salvaguardando dichos principios y derechos fundamentales constitucionales.

De allí que la decisión que profiere el superior jerárquico al resolver la consulta se constituya en una garantía de la salvaguarda de los principios y derechos consagrados en la Carta Magna, en otros términos, el funcionario se constituye en una figura que garantiza que la actuación administrativa no se aparte ni contradiga los postulados de la Norma Superior.

En ese sentido, las resoluciones por medio de las cuales se suerte el grado de consulta tienen carácter vinculante y contienen las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta por la instancia que profirió la actuación que la genera.

Corolario de lo anterior, las decisiones que se tomen en instancia de grado de consulta, deben obedecer precisamente a la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y si la providencia que se revisa es contraria a ello, es procedente proferir una decisión atendiendo a la garantía de tales eventos, que deberá ser atendida por el funcionario de conocimiento.

2. ¿Es factible para el funcionario de conocimiento separarse de esas recomendaciones, sugerencias u observaciones señaladas en la parte motiva de las decisiones de grado de consulta en la que no se comprometa lo resuelto por el superior jerárquico?

No es factible, dado que precisamente la sustentación de la decisión la efectúa el superior jerárquico, quien debe argumentar lo resuelto en la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Lo anterior para dar cumplimiento al principio constitucional de la seguridad jurídica, en virtud del cual se estabilizan las competencias de la administración.

De la normativa, jurisprudencia y doctrina conceptual relacionada, se obtiene respecto del grado de consulta en el proceso de responsabilidad fiscal, que i) está instituido en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales; ii) procede en los casos específicamente determinados por la ley; iii) el superior que conoce de él, cuenta con amplias facultades para tomar decisiones respecto de lo consultado, incluso sin estar sujeto al principio de *non reformatio in pejus*; iv) en desarrollo de esas facultades, el superior puede confirmar, modificar e incluso revocar la decisión objeto de consulta; v) lo decidido por el superior, es vinculante para el a quo; y vi) se debe decidir dentro de un término legal establecido, so pena de quedar en firma la decisión consultada.

La decisión de revocar la decisión consultada puede darse i) porque del análisis de los aspectos tanto formales como sustanciales, evidencia errores que afectan la decisión tomada por el a quo, caso en el cual el superior revoca la decisión y puede directamente tomar la que en derecho corresponda o devolverla al a quo para que éste con la motivación dada la tome; y ii) cuando de dicho análisis se infiere que no existe suficiente acervo probatorio que sustente la decisión tomada y que se debe ampliar la investigación (practicar otras pruebas) que permitan dar certeza a la decisión o que faltó algún elemento propio de la decisión (pej pronunciamiento -total o parcial- sobre alguno de los elementos de la responsabilidad, sobre alguno de los investigados, sobre la liquidación de la cuantía a resarcir, etc.), caso en el cual el superior debe devolver al a quo para que se adelanten las diligencias correspondientes y se tome la decisión que corresponda.

Lo anterior confirma parte de lo dicho por este Despacho en el concepto 110.008.2013 del 12 de febrero de 2013 (Radicado 20131100006321):

Es menester anotar además que la revocatoria del auto de archivo por parte de la autoridad que opere como segunda instancia, efectuada en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta, no envuelve necesariamente que deban imputarse cargos al implicado o investigado, puesto que la revocatoria puede perseguir únicamente que se complemente el acervo probatorio, o que se aclaren algunos aspectos procesales relacionados con la valoración de las pruebas, pudiendo darse también cuando el superior jerárquico considere que se aplicó precipitadamente el artículo 47 de la ley 610 de 2000, porque las pruebas recaudadas no transmitían la certeza de que el hecho no existió, que no era constitutivo de detrimento patrimonial o que no comprendía el ejercicio de gestión fiscal.

La decisión que asuma el superior respecto de la consulta interpuesta, no lo inhabilita para conocer en segunda instancia de las demás decisiones dentro del proceso, toda vez que cada una de ellas es independiente, además que para resolver el grado de consulta se debe primero resolver el recurso de reposición, si era procedente, y si se interpuso apelación, ésta se resuelve de manera conjunta con el grado de consulta. En este punto se debe recordar respecto de lo consultado que, el auto de imputación no es susceptible de recursos, cumpliéndose con el principio del debido proceso y en él, el derecho de defensa, con lo normado en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 139 del Decreto-Ley 403 de 2020, cuando se le concede un término para presentar sus argumentos de defensa y aportar o solicitar pruebas.

En cuanto al tema del grado de consulta, este Despacho se ha pronunciado además del concepto mencionado anteriormente, en los conceptos 110.037.2019, 110.057.2018, 110.023.2010, entre otros.

10. Firmeza de las decisiones en el proceso de responsabilidad fiscal – Aclaración de la decisión

La Ley 610 de 2000 respecto de la ejecutoriedad de las providencias, establece:

Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas:

- 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.*
- 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.*
- 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.*

La Ley 1474 de 2011 al reglamentar el proceso verbal de responsabilidad fiscal, determinó:

Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

De la normativa transcrita, se obtiene que ésta regula lo referente a la ejecutoriedad de las providencias en el proceso de responsabilidad fiscal, sin embargo, no regula lo atinente a las aclaraciones, correcciones y/o adiciones a dichas providencias, por lo tanto, se debe acudir a otras normas en desarrollo del artículo 66 de la Ley 610 de 2000 que contempla la remisibilidad.

En primer lugar debemos acudir al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, encontrando que en él no se regulan estas situaciones (solamente en el artículo 290 refiriéndose a las sentencias dentro de los procesos contencioso administrativos, normas que no son de aplicación a los procesos de responsabilidad fiscal), por lo tanto debemos acudir al Código General de Proceso y allí, acogernos a las disposiciones de los artículos 285, 286 y 287 y al contenido del artículo 302 ibídem para la ejecutoriedad en esos casos puntuales:

Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

*En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte **formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.***

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

Artículo 286. Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

Artículo 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

(Negrilla fuera de la norma)

Respecto a la ejecutoriedad de los actos, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2016, Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00151-01(20541), dijo:

Es decir, para que se pueda predicar la ejecutoria de un acto administrativo, necesariamente se parte del entendido de que dicho acto se notificó en debida forma al interesado y, por ende, se dio la oportunidad

para que ejerciera el derecho de defensa y de contradicción interponiendo los recursos procedentes o los medios de control ante esta jurisdicción, para debatir la legalidad de dichos actos administrativos.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 12 de octubre de 2006, Radicación número: 25000-23-27-000-2000-00959-01(14438), respecto de la ejecutividad y la ejecutoriedad, dijo:

Esta norma contiene dos aspectos fundamentales tanto de los actos administrativos como del ejercicio de la función administrativa, el primero, el correspondiente a la ejecutividad, que no es otra cosa, que la aptitud e idoneidad del acto administrativo para servir de título de ejecución y el segundo, la ejecutoriedad, que consisten en la facultad que tiene la administración para, que por sus propios medios y por sí misma, pueda hacerlo cumplir, que sus efectos se den hacia el exterior del acto.

Y en Auto del 7 de diciembre de 2006 que decide solicitud de corrección, adición y aclaración del fallo anterior, manifestó:

La Sala precisa que la solicitud de aclaración de una sentencia, que es básicamente lo que alega el peticionario, no coloca al juzgador en capacidad de reformar, revocar o adicionar su propia sentencia en el fondo, toda vez que aclarar es explicar lo que parece oscuro, por tanto mal haría el juez que so pretexto de aclarar, introducir modificaciones a lo decidido.

Así las cosas, para que pueda aclararse una sentencia es necesario que en la parte resolutive de ella se encuentren conceptos que se presten a interpretaciones diversas o que generen incertidumbre o se hallen en la parte considerativa los cuales influyan en la parte resolutive. De tal manera, que aquella solicitud de aclaración que recaiga sobre puntos claros, nítidos la torne improcedente.

Conceptos estos que son recogidos por la misma Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 12 de diciembre de 2018, Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00028-01(22239), en los siguientes términos:

Respecto de la ejecutoriedad de los actos, entendida como la facultad de la administración para hacer cumplir sus actos por sí misma, se requiere que ostente las condiciones de firmeza, ejecutoria y ejecutividad.

Conforme con la normativa aplicable(19) y como lo ha expresado la Sala(20): la firmeza atañe a que el acto administrativo «sea oponible al administrado (en este caso al contribuyente)», es «producto de la publicidad de la decisión administrativa, la cual, en el caso de los actos particulares, como los que determinan tributos, se cumple con la notificación de los mismos (...), por lo que «si el acto administrativo no se notifica al interesado o se notifica indebidamente, no produce efecto jurídico respecto de él y, por tanto, no puede quedar ejecutoriado».(21)

Frente a la ejecutoria de un acto administrativo «necesariamente se parte del entendido de que dicho acto se notificó en debida forma al interesado y, por ende, se dio la oportunidad para que ejerciera el derecho de defensa y de contradicción interponiendo los recursos procedentes o los medios de control ante esta jurisdicción, para debatir la legalidad de dichos actos administrativos»(22).

Por su parte, la ejecutividad es la «aptitud e idoneidad del acto administrativo para servir de título de

ejecución» y la ejecutoriedad se concreta en «la facultad que tiene la administración para que por sus propios medios y por sí misma, pueda hacerlo cumplir»(23).

De conformidad a la normativa y jurisprudencia transcrita, podemos concluir que, la solicitud de aclaración o complementación de una providencia dentro del proceso de responsabilidad fiscal, debe interponerse dentro del término de ejecutoria de la misma, siendo éste el establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000 y dicha providencia, solo quedará en firme, una vez resuelta la aclaración o complementación solicitada.

11. Efectos del fallo con responsabilidad fiscal

La ley 610 de 2000, establece en su Título III las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal (fallo con responsabilidad fiscal) así:

Artículo 58. Mérito ejecutivo. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.

Artículo 60. Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

La Corte Constitucional en examen de constitucionalidad del artículo 60 de la Ley 610 de 2000,

estableció:

4.3. El análisis del texto que se examina permite determinar que cuando el legislador distingue entre quienes aparecen en el boletín de responsables fiscales y quienes no están allí relacionados: i) el objetivo perseguido está representado por la defensa del interés general y el logro de los fines esenciales del Estado; ii) la validez de este objetivo se puede establecer mediante el cotejo del mismo con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política; y iii) la proporcionalidad del trato desigual que el legislador da entre las personas que aparecen reportadas en el boletín de responsables fiscales y quienes no se encuentran en él, pues se trata de una medida adecuada, necesaria y proporcional en sí misma.

La medida establecida por el legislador es adecuada al fin propuesto en la norma, pues se trata de defender el interés general representado por la necesidad de actuar en favor del patrimonio público; la medida es necesaria, pues al cabo de un juicio fiscal adelantado con observancia de las reglas propias del debido proceso, el Estado cuenta con un medio idóneo y eficaz para recavar el pago de las obligaciones a su favor y, finalmente, la medida es proporcional en sí misma en cuanto no sacrifica valores ni principios que, como los de prevalencia del interés general, imparcialidad, moralidad, eficiencia y eficacia de la administración pública, resultan válidamente protegidos.

(...)

El constituyente restringió el derecho a acceder a la función pública, cuando en el artículo 125 superior dejó establecidos ciertos límites para el ingreso a la función pública, los cuales deben ser señalados por el legislador dentro de su potestad de configuración para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera.

En efecto, es claro que en el sistema jurídico colombiano el Congreso de la República es la autoridad encargada de establecer los requisitos y las condiciones para que las personas ingresen, permanezcan, asciendan o sean retiradas de la función pública; se trata del poder de configuración legislativa merced al cual, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el legislador puede señalar requisitos, prever inhabilidades, determinar incompatibilidades y, en general, condicionar el ingreso a los cargos y dignidades que el Estado dispensa a sus ciudadanos [11].

(...)

4.6. Es indudable que el derecho al trabajo se encuentra asociado con la garantía que permite a los ciudadanos acceder al ejercicio de funciones públicas; sin embargo, como se ha expuesto, el derecho al trabajo mediante la vinculación laboral con el Estado no es absoluto, sino que se encuentra relativizado por las condiciones y requisitos que el legislador puede imponer legítimamente para proteger principios constitucionalmente válidos, como los de prevalencia del interés general, moralidad, transparencia, eficacia y eficiencia administrativa (C.Po arts. 1º y 209).

En el asunto sub examine los derechos al trabajo y el de acceso al ejercicio de funciones públicas entran en tensión con los principios citados; sin embargo, el legislador, en ejercicio de sus potestades constitucionales, ha considerado de manera razonable y proporcional que resulta necesario restringir el ejercicio de aquellos derechos para garantizar la vigencia de los principios mencionados en el inciso anterior.

Además, el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, no trasgrede el texto de los artículos 25 y 40-7 de la Constitución Política, toda vez que mediante esta norma el legislador estableció límites al ejercicio del derecho al trabajo y a acceder al ejercicio de funciones públicas, con el propósito de garantizar principios constitucionalmente válidos, sin que tal restricción implique supresión o afectación del núcleo esencial de los derechos mencionados por el demandante.

La Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” (vigente a la fecha), establece:

Artículo 38 .Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1º. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

En revisión de constitucionalidad de esta norma, la Corte Constitucional es pronunció en la sentencia C-101 de 2018, así:

38. El Consejo de Estado entiende las inhabilidades como aquellas circunstancias personales negativas o situaciones prohibitivas existentes o sobrevenidas consagradas en la Carta y en la ley, que condicionan el ingreso o la permanencia en el ejercicio de la función pública, puesto que su inobservancia puede: a) impedir el acceso (supuesto de inelegibilidad); y, b) la solución de continuidad en el cargo, debido a la falta de calidades, cualidades de idoneidad o de moralidad para desarrollar ciertas actividades o adoptar determinadas decisiones, bajo el entendido que busca proteger los principios y valores que gobiernan el ejercicio de la función pública y en especial, evitar que exista aprovechamiento del cargo, la posición o el poder para favorecer intereses propios o de terceros[137].

Según esa Corporación, se trata de “(...) impedimentos de origen político, ético, o moral, para ser elegido o nombrado, en determinado cargo, pero que provienen de circunstancias externas, tales como el parentesco, los antecedentes, el ejercicio de otras actividades”[138], entre otras.

39. En conclusión, para este Tribunal las inhabilidades son circunstancias negativas que buscan asegurar que, quienes aspiran a acceder al ejercicio de la función pública, ostenten ciertas cualidades o condiciones que aseguren su gestión con observancia de criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad y además, garanticen la prevalencia de los intereses generales de la comunidad sobre los personales[139].

(...)

41. De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal ha identificado variadas clases de inhabilidades, las cuales pueden ser comunes o específicas, temporales o permanentes, absolutas o relativas, entre otras. Adicionalmente, también ha precisado que las mencionadas restricciones pueden

tener naturaleza sancionatoria, es decir, cuando provienen del ejercicio del derecho punitivo del Estado, o tener un origen distinto porque se estructuran a partir de elementos objetivos atribuibles al candidato a ocupar el cargo público y hacen incompatible su ejercicio con la satisfacción del interés general.

(...)

86. En caso de encontrar configurada la responsabilidad fiscal del funcionario o particular sometido al proceso, la Ley 610 de 2000 fija dos consecuencias. La primera de ellas es la efectividad de la decisión, pues presta mérito ejecutivo, de tal manera que el monto del daño sea recuperable a través de la jurisdicción coactiva ejercida por las contralorías, con lo cual se satisface el propósito resarcitorio del proceso de responsabilidad fiscal[322] y se restablece el patrimonio público. La segunda es la inclusión del nombre del funcionario o particular, según sea el caso, en el boletín de responsables fiscales.

87. Dicho registro es un listado de aquellas personas que causaron un daño no resarcido, y que por ello no pueden ser nombrados, posesionados o designados contratistas por parte de ningún nominador o representante legal de entidades estatales. Es obligación de la Contraloría General de la República publicar trimestralmente los nombres de las personas naturales o jurídicas "(...) a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él"[323], a partir de la información propia, como de aquella recaudada a través de las contralorías territoriales.

(...)

Posteriormente, la Sentencia C-651 de 2006 precisó que la finalidad de dicho boletín es "(...) presionar legítimamente para lograr el pago por los daños y perjuicios ocasionados al Estado" y de este modo lograr el objetivo mismo del proceso de responsabilidad fiscal, mediante el deber de abstención de las entidades públicas para "iniciar o mantener relaciones jurídicas con quienes hayan sido declarados responsables de tal detrimento".

Esa providencia reiteró la Sentencia T-1031 de 2003[326], en el sentido de que los fallos de responsabilidad fiscal, genera la inclusión obligatoria en este boletín, lo cual "(...) no implica la vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, en tanto busca razonablemente proteger la integridad patrimonial del Estado, mediante el mecanismo de la publicidad de los nombres de los sujetos que han resultado responsables por faltas de esta naturaleza"[327].

(...)

89. Para la Sala, el apartado normativo que es objeto de reproche constitucional en el presente asunto tiene el siguiente alcance jurídico:

(...)

- La declaratoria de responsabilidad fiscal configura una restricción al ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos, pues el Legislador la consagró como causal de inhabilidad.

*- Se trata de una inhabilidad común o general para todos aquellos que pretenden ejercer funciones públicas, debido a que su formulación no estableció que su aplicación fuera exclusiva para el acceso a determinados cargos, sino que, su verificación se exige "para desempeñar cargos públicos" en términos genéricos. **En otras palabras, la mencionada limitación opera para cualquier persona que pretenda desempeñar servicios estatales, sin importar su denominación o forma de acceso.***

- Es una limitación temporal para el acceso al desempeño de cargos públicos, puesto que su duración está sometida a plazo o a condición de la siguiente manera: i) 5 años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente; ii) vencido el término anterior sin que se verifique el pago o la exclusión del boletín de responsables fiscales, la restricción continúa por 5 años si la cuantía fuere superior a 100 S.M.L.M.V, por 2 años si el monto fuere superior a 50 sin exceder de 100, por 1 año si la cuantía fuere superior a 10 sin

exceder de 50, por 3 meses si fue igual o inferior a 10 S.M.L.M.V.

- Adicionalmente, la restricción depende de la voluntad del condenado puesto que cesa en el momento en que el sujeto pague la sanción impuesta por el detrimento al erario verificado por la Contraloría respectiva.

(...)

100. De esta suerte, la medida de restricción del derecho de acceso al desempeño de funciones públicas, contrario a lo expresado por el demandante, tiene como propósito legítimo y constitucional garantizar la prevalencia del interés general[336] y el adecuado cumplimiento de los fines del Estado[337], mediante la observancia de los principios que rigen el ejercicio de la función pública, principalmente la moralidad y la transparencia administrativas. Por eso resulta válido que el Legislador desarrollara el artículo 122 de la Carta a través de una fórmula para proteger el patrimonio público mediante la inhabilidad objeto de censura, que es un instrumento constitucionalmente legítimo para garantizar que los ciudadanos que aspiran a acceder a la función pública hayan manejado de manera adecuada y con transparencia los bienes colectivos a fin de garantizar el interés general.

(...)

102. Este Tribunal ha indicado que el ejercicio de la función administrativa también incluye la gestión fiscal del patrimonio del Estado. Por tal razón, su desempeño debe hacerse con estricta observancia del artículo 209 Superior. En la Sentencia C-046 de 1994 [342] esta Corte expresó:

“El erario no puede ser fuente de enriquecimiento y no es posible que a partir de la deshonestidad, la corrupción y el fraude se generen derechos o expectativas que el ordenamiento y la sociedad tengan que irremediablemente tolerar. (...)

La gestión fiscal que cumplen los funcionarios del erario, comprendida en la órbita de la función administrativa, debe desarrollarse con fundamento en el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. La sociedad, a través de los órganos de control fiscal, tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes.” (Énfasis agregado)

103. En conclusión, la Sala considera que la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente cumple con una finalidad constitucionalmente válida y legítima. Configura una expresión de los principios que orientan el ejercicio de la función pública, principalmente de la gestión fiscal y el manejo adecuado del patrimonio del Estado, pues pretende garantizar que quien aspire a desempeñar cargos públicos no haya sido condenado en juicio fiscal, previo trámite adelantado con las garantías del debido proceso. En ese sentido, quien pretenda ser funcionario no debe haber sido responsabilizado por alguna falta a la pulcritud, honestidad y probidad en el manejo de los recursos de la comunidad.

(...)

105. Bajo esta perspectiva, la Sala considera que la inhabilidad objeto de debate, cumple con un propósito constitucionalmente válido y además, no está prohibido, sino que por el contrario, representa un mandato expreso de la Carta, derivado de la necesidad de garantizar y fortalecer la relación de confianza entre los funcionarios y los ciudadanos, bajo un esquema de garantía integral de la moralidad y la transparencia administrativa, en el sentido de exigir ciertas cualidades éticas y morales, en este caso, la verificación previa del adecuado manejo de los recursos públicos, mediante la ausencia de responsabilidad fiscal, para que puedan gestionar en debida forma los intereses generales encomendados por la sociedad.

(...)

108. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la inhabilidad para acceder a cargos públicos por haber sido declarado responsable fiscal tiene un propósito legítimo en términos constitucionales y no está prohibida en esa normativa Superior, pues la lucha contra la corrupción como mecanismo para la protección del patrimonio público, constituye uno de los principales compromisos del Estado, derivado no solo del ordenamiento jurídico interno, sino también de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, que le imponen el deber de adoptar medidas punitivas o de cualquier otra índole, para quien atente contra el erario, tal y como la consagrada por el Legislador en las normas acusadas que son objeto de reproche en esta ocasión.

(...)

114. En conclusión, el numeral 4º y el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 no desconocen los artículos 1º, 2º, 40.7, 93 y 94 de la Constitución y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como se acreditó previamente, la medida de inhabilitación para desempeñar cargos públicos por haber sido declarado fiscalmente responsable fue proferida con el amplio marco de competencia regulativa del Legislador, y adicionalmente, es razonable, en atención a que cumple con una finalidad legítima, no está prohibida y es constitucionalmente válida, adicionalmente, constituye un medio adecuado para su efectividad, pues su configuración responde a las necesidades de la comunidad, al contexto constitucional y al ejercicio del amplio margen de configuración nacional del Estado colombiano.

(...)

125. Bajo ese entendido, la inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscalmente y el deber de los nominadores de abstenerse de nombrar y posesionar a quienes se encuentren reportados en el boletín de responsables fiscales persigue una finalidad que no está prohibida sino que además es legítima en términos constitucionales ya que, de una parte, busca efectivizar el interés general y los principios que orientan la función pública, principalmente la moralidad y la transparencia administrativa y la confianza; y de otra, tiene como propósito luchar contra la corrupción como mecanismo de defensa del patrimonio público.

(...)

(Negrilla fuera de texto)

La Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa” en su artículo 6º establece:

Artículo 6º. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

En el examen de constitucionalidad de esta norma, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-038 de 1996, en los siguientes términos respecto a su inciso segundo:

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad

sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.

Esta jurisprudencia es recogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil de Concejo de Estado en el concepto 11001-03-06-000-2012-00029-00(2099) del 24 de abril de 2012 sobre la temporalidad de esta inhabilidad, en el que conceptuó:

Lo anterior lleva a la Sala a insistir que cuando la inhabilidad sobreviniente fue originada por una conducta dolosa o culposa, procede el retiro inmediato del servidor. Esta situación origina la vacante absoluta en el cargo de elección popular, porque aunque en el futuro pudiera cesar la inhabilidad mediante el pago de la suma establecida en el fallo fiscal, ello no produce efecto retroactivo.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo debe interpretarse en el sentido de que lo que allí se consagra es la posibilidad de que cuando se presente alguno de los eventos descritos, cesa la inhabilidad, sin que se esté hablando de que la misma se subsane, pues la falta ya se cometió y la responsabilidad ya se declaró. Sostener lo contrario sería desconocer la existencia y eficacia del fallo de responsabilidad fiscal.

Lo que la norma realmente indica, es que si la Contraloría competente declara haber recibido el pago o si la Contraloría General de la República excluye al responsable del boletín de responsables fiscales, la inhabilidad deja de producir efectos hacia el futuro, y por tanto el sujeto afectado puede aspirar al ejercicio de posteriores actividades referidas al sector público

No obstante, el mencionado concepto debe interpretarse en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-132 de 2019, respecto al procedimiento a seguir luego del fallo con responsabilidad fiscal contra funcionario en ejercicio, en el que mencionó:

6.5. Sin embargo, del examen de la mencionada normatividad (numeral 4 y párrafo del artículo 38 de la Ley 734 de 2002), este Tribunal no advierte que se regule el procedimiento a seguir cuando la persona que es declarada fiscalmente responsable se desempeña como funcionario público y, en virtud de la condena, queda inmersa en una inhabilidad sobreviniente que implica la cesación de su cargo de manera inmediata sin tener la posibilidad de: (i) pagar la sanción impuesta, o (ii) de cuestionar la misma a través de los mecanismos judiciales respectivos.

6.6. Al respecto, esta Corporación evidencia que la norma que, en principio, podría ser aplicable para

superar tal laguna legal es la contemplada en el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 190 de 1995 [93], la cual estipula de manera genérica que el funcionario que quede inmerso en una inhabilidad sobreviniente tiene tres meses para poner fin a la situación que la origina, so pena de ser desvinculado de la administración pública.

6.7. Sin embargo, teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal es imputable únicamente a título de dolo o culpa grave[94], este Tribunal llama la atención de que el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 190 de 1995 se torna inaplicable en hipótesis como la estudiada, comoquiera que esta Corte, en la Sentencia C-038 de 1996[95], determinó que el plazo de tres meses para subsanar las inhabilidades sobrevinientes sólo es aplicable para los eventos en los que las mismas no se generen por dolo o culpa del trabajador público.

6.8. Así pues, (i) ante la inexistencia de una disposición especial que determine el trámite a seguir cuando se pueda presentar una inhabilidad sobreviniente derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal de un funcionario público, (ii) la inaplicabilidad de la normatividad general en dichos casos, y (iii) teniendo en cuenta que le legislador estableció la posibilidad de superar la mencionada situación mediante el pago de la sanción como mecanismo para evitar la afectación del derecho a acceder a cargos públicos, este Tribunal considera que para atender tal vacío legal y garantizar el efecto útil de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002[96], la administración en asuntos como el examinado debe acudir a las reglas supletorias de procedimiento administrativo contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[97], las cuales establecen una serie de etapas dentro de las que el interesado tiene la oportunidad de ejercer su defensa para evitar ser desvinculado de la función pública.

(...)

6.10. Así las cosas, siguiendo el desarrollo jurisprudencial de las garantías del derecho al debido proceso administrativo y lo estipulado en la Ley 1437 de 2011, la Sala considera que para establecer la procedencia o no del retiro de un funcionario público ante la posible configuración de una inhabilidad sobreviniente debido a su condena por responsabilidad fiscal, es necesario iniciar un procedimiento administrativo, en el cual se debe informar del comienzo de la actuación al interesado para que ejerza en un plazo razonable su derecho de defensa y contradicción[102].

(..)

6.12. Sobre el particular, la Corte ha expresado que el retiro de un trabajador público “cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad”, por tratarse de una decisión con repercusiones en los derechos fundamentales del funcionario, “deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculpado previamente tendrá derecho, como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política”[104].

6.13. En suma, en los casos en los cuales la administración considere que uno de sus trabajadores puede estar inmerso en una inhabilidad sobreviniente por haber sido declarado fiscalmente responsable, solo podrá proceder a su desvinculación una vez le haya otorgado la oportunidad de expresar sus opiniones y valorado las mismas junto con las pruebas allegadas a la actuación correspondiente.

Aunque en principio puede parecer que hay contradicción de la Corte Constitucional entre lo dicho en la sentencia C-038 de 1996 y lo expresado en la sentencia de tutela T-132 de 2019, no es así, pues con esta última lo que se logra es una claridad sobre el procedimiento a seguir, concluyendo que, el retiro al provenir de una inhabilidad por fallo con responsabilidad fiscal que es dictado solamente en el evento de comprobarse el dolo o la culpa grave, no le es aplicable el

procedimiento del inciso segundo del artículo 6º de la Ley 190 de 1995, pero que para efectivizar la disposición del inciso primero del párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y garantizar los derechos fundamentales del funcionario, el retiro se da una vez agotado un procedimiento administrativo que le garantice tales derechos, teniendo en cuenta que las inhabilidades son consideradas restricciones para el ejercicio del empleo público, que conllevan la naturaleza sancionatoria disciplinaria propia de la Procuraduría General de la Nación.

Concluyendo el tema de los efectos laborales respecto del servidor público que ha sido declarado responsable fiscal podemos decir, con base en la normatividad y jurisprudencia transcrita, que i) dicho fallo configura una inhabilidad para el ejercicio de empleo público alguno, es decir, impide que pueda acceder a él; ii) si el funcionario se encuentra en ejercicio de empleo público, dicho fallo configura una inhabilidad sobreviniente, en virtud de la cual, debe ser retirado del servicio previo un procedimiento administrativo que le garantice los derechos fundamentales en especial el debido proceso.

Esta inhabilidad, tal como lo establece la normatividad, es temporal, en atención a i) su pago efectivo o ii) al paso del tiempo (entre 3 meses y 5 años) cuando no se efectúa el pago, el cual depende la cuantía determinada en el fallo.

El reintegro al empleo por pago posterior al retiro del servicio, no es viable por cuanto éste se fundamenta en una causal de inhabilidad sobreviniente (haber sido declarado responsable fiscalmente) que tiene la característica de ser temporal, temporalidad que solamente se supera sin llegar a producir el efecto sancionatorio disciplinario dado en la ley, cuando el funcionario declarado responsable fiscal, paga la cuantía determinada en el fallo, de manera previa a la imposición de la sanción disciplinaria de retiro del servicio.

12. Demanda jurisdiccional del fallo con responsabilidad fiscal – Litisconsorcio necesario

El proceso de responsabilidad fiscal al ser un proceso administrativo, culmina con un acto administrativo (fallo con o sin responsabilidad fiscal), el cual es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del CPACA:

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

El trámite del proceso contencioso administrativo se encuentra regulado en el Título V del CPACA; no obstante, en su artículo 306 establece la remisión normativa ante aspectos no contemplados en ella:

Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El CPACA en su artículo 224 establece:

Artículo 224. Coadyuvancia, litisconsorte facultativo e intervención ad excludendum en los procesos que se tramitan con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa. Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones ad excludendum es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos.

De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad excludendum, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 de este Código.

El Código General del Proceso como norma remisible del CPACA, en su artículo 61 contiene la figura del litisconsorcio necesario en los siguientes términos:

Artículo 61. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.

El llamamiento en garantía se encuentra regulado en el CPACA, así:

Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se registrará por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

La Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2006 dentro de la Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02768-01(0788-05), respecto a la comparecencia de las contralorías territoriales en los procesos contencioso administrativos en que es parte demandada, se pronunció así:

*La Sala, sobre este particular, ha señalado que las Contralorías pueden demandar y ser demandadas **en asuntos contractuales y en los que expresamente determine la Ley**, pero de lo contrario, debe concurrir por medio de la persona jurídica a la que pertenezca, como es el caso de los procesos contencioso administrativos, en que debe comparecer a través del Departamento para este caso en particular.*

Así, en sentencia del 27 de febrero de 2003, expediente No. 1729-01, con ponencia del Dr. TARSICIO CÁCERES, se expresó:

(...)

*En cuanto a las Contralorías Territoriales, cabe anotar, a primer vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, **no les confiere la PERSONALIDAD JURÍDICA**, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que Instituciones tan importantes y con atributos similares, como la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, no son personas jurídicas, sin que por ello vengan a menos jurídicamente, dado que la personalidad radica en la NACIÓN.*

Así, no es dable que por vía de interpretación y deducción de algunos elementos, se llegue a la conclusión que un determinado órgano administrativo goza de personalidad jurídica, más cuando con ello se crea una inseguridad jurídica, pues funcionarios similares pueden llegar a conclusiones opuestas. Nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa y clara determina cuales de sus entidades gozan de personalidad jurídica.

*En cuanto a las CONTRALORÍAS TERRITORIALES, esa situación no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; pero, de todas maneras, **se habrá de vincular a la PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte**, con determinación -a continuación- de la entidad donde ocurrieron los hechos, v. gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, **lo cual no significa que se están demandado a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos.***

Rectificación de la posición doctrinal anterior.**- En proveído del 7 de marzo de 2002, expediente núm. 1494-01. M.P. Dr Tarsicio Cáceres Toro, se dijo: “ Es cierto que, en caso de **acusación de actos proferidos por Contralorías Territoriales**, esta Sección ha proferido múltiples providencias en que admite como parte Demandada a la CONTRALORÍA LOCAL reconociéndole la calidad de persona jurídica dados algunos atributos que posee, **pero teniendo en cuenta la normatividad señalada y analizada, se concluyó que realmente quien tiene tal calidad es el ENTE TERRITORIAL del cual hace parte la Contraloría pertinente.

Se observa que muchas demandas fueron presentadas teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Jurisdicción. Pero, con esa providencia se rectifica la posición doctrinal antes adoptada y así, los procesos en curso donde no se haya notificado al Contralor deberá hacerse para subsanar la falla anotada.”

(Negrilla y subrayado propio del texto)

Jurisprudencia que viene siendo acogida por dicha Subsección en sentencias tales como la del 06 de agosto de 2008 dentro de la Radicación número: 08001-23-31-000-2004-01018-01(0507-06) y más reciente en la sentencia del 30 de mayo de 2019 dentro de la Radicación número: 08001-23-31-000-2004-01066-01(1657-12), en la que además dijo:

Acogiendo la tesis reiterada de la Sala, se aclara que la Contraloría del Departamento del Atlántico es una entidad que carece de personalidad jurídica y que dicho atributo se predica del ente territorial del cual hace parte, para el caso en concreto, del Departamento del Atlántico.

Lo anterior para indicar que queda claro que, el Departamento del Atlántico, contrario a lo alegado en el recurso de apelación interpuesto, debe comparecer al proceso de la referencia en calidad de parte demandada, ya que es la persona jurídica de la cual hace parte la Contraloría General de ese

mismo ente territorial y por consiguiente, es quien tiene la facultad de comparecer judicialmente en su representación.

Ahora bien, el fallo con (o sin) responsabilidad fiscal es la culminación del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por las contralorías y la Auditoría General de la República en ejercicio de la atribución establecida en el numeral 5º del artículo 268 de la Constitución Política, teniendo como objeto dicho proceso, el establecimiento de la responsabilidad del funcionario o particular que en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ella, causa dolosa o culposamente daño al patrimonio del Estado, entendiendo al Estado como la nación y las diferentes entidades territoriales.

Así, el daño patrimonial si bien afectó a una entidad u órgano específico de la administración, sea nacional o territorial, se le causa es al patrimonio de la nación o de entidad territorial a la que corresponda la entidad u organismo en cuestión y es por ello que al darse el resarcimiento del daño patrimonial causado, este va a parar a las arcas de la entidad territorial correspondiente atendiendo el principio presupuestal de unidad de caja.

Atendiendo los razonamientos anteriores y en el entendido que quien se beneficia con el resarcimiento es la entidad territorial, es lógico y procedente que quien se vea afectado por el posible fallo adverso ante una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa en la que se condene a devolver los recursos recaudados como resarcimiento, sea la misma entidad territorial; de ahí que este Despacho teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia relacionada, concluye que cuando se presentan acciones jurisdiccionales respecto de los fallos con responsabilidad fiscal, se debe adelantar la integración del litisconsorcio necesario con la entidad territorial favorecida con el resarcimiento proveniente de la responsabilidad fiscal decretada y que ahora se demanda, debiéndose notificar al mandatario territorial (gobernador o alcalde) de la respectiva entidad territorial de la cual hace parte el organismo de control, así como al contralor.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que mediante Resolución Reglamentaria No. 003 del 16 de marzo de 2020, la señora Auditora General de la República, a fin de contribuir a evitar la propagación del virus Covid-19 y en atención a las medidas preventivas extraordinarias y temporales adoptadas por las autoridades nacionales y locales, determinó la suspensión de los términos en todas las actuaciones administrativas a cargo de la AGR (dentro de las cuales se encuentran las solicitudes de conceptos por parte de los ciudadanos), a partir del 17 y hasta el 27 de marzo de 2020.

Que mediante Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020, la Auditora General de la República prorroga la suspensión de términos desde el 28 de marzo de 2020 y hasta el 13 de abril de 2020, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto-Legislativo 457 de 2020 respecto al aislamiento preventivo obligatorio.

Así mismo, la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del

Decreto-Legislativo 491 de 2020, mediante Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020, dispuso modificar el artículo 1º de la Resolución Reglamentaria 004 de 2020 en el sentido de reanudar los términos de atención de las peticiones ciudadanas, entre ellas las consultas; así mismo, en su artículo 6º determinó la ampliación de los términos para la atención, entre otros, de las consultas así:

ARTÍCULO 6º. Las peticiones que se encuentran en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

(...)

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 y cinco (35) días siguientes a su recepción.

Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, se informará al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los motivos de la demora e indicando el plazo para resolverla, término que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

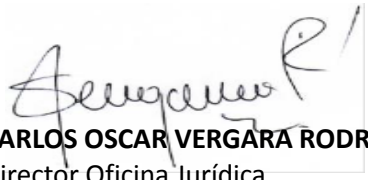
*"...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'**"*
(Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web


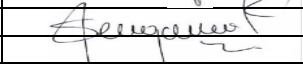
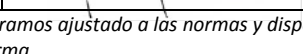
www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 95a23d16, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		29/04/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		04/05/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		04/05/2020

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.