

116 891 227

919



Bogotá D.C., 14 de diciembre de 2001

Doctor
HILIAN EDILSON OVALLE CELIS
JEFE DIVISIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA Y JUICIOS FISCALES
CONTRALORÍA MUNICIPAL DE FLORENCIA
Florencia- Caquetá

Referencia: N.U.R. 218-3-4/435/03
Consulta sobre el proceso de responsabilidad fiscal.
Tránsito de legislación- etapas.

Apreciado doctor,

En desarrollo de la función conceptual atribuida a esta dependencia y en virtud de la remisión efectuada por la Gerente Seccional VI, doctora Alba Segura de Castaño, se procede a dar respuesta a las inquietudes sobre la aplicación de la normatividad que regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, especialmente en torno a las implicaciones del tránsito de legislación, las cuales se absuelven, en el orden planteado en la consulta, de la siguiente manera:

1. PRIMERA PREGUNTA

¿El auto de apertura de investigación fiscal, proferido bajo el imperio de la Ley 42 de 1993 se puede equiparar al Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal de que trata el artículo 40 de la Ley 610 de 2000?

RESPUESTA

En el Capítulo III del Título II de la Ley 42 de 1993 se reglamentó el proceso de responsabilidad fiscal, el cual, de acuerdo con el artículo 74 de la legislación citada, comprendía las etapas de investigación y juicio fiscal.

El artículo 75 preceptuaba que la investigación es la etapa de instrucción en la cual se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las

concejal 110.034.2001

110 034 2001

10

decisiones adoptadas y se pueden decretar medidas cautelares. El artículo 77, por su parte, disponía que en el auto de apertura de investigación se ordenarán las diligencias pertinentes, las cuales se debían surtir en un término de 30 días, prorrogables hasta por otro tanto, vencido el cual se debía proceder al archivo del expediente o a dictar el auto de apertura del juicio fiscal, con el cual se iniciaba la segunda etapa del proceso.

En consecuencia, el proceso estaba estructurado de la siguiente manera:

- a) Etapa de investigación fiscal, que se inicia con el auto de apertura de investigación fiscal y termina con el de archivo o el de apertura de juicio fiscal;
- b) Etapa de juicio fiscal, la cual se inicia con el auto de que se acaba de enunciar y termina con el fallo que puede ser con o sin responsabilidad fiscal.

En varias oportunidades¹, la Corte Constitucional se pronunció sobre el trámite regulado en la Ley 42 de 1993 a instancias de acciones de tutela y demandas de inconstitucionalidad en las cuales se ponía en tela de juicio dicho procedimiento. Esa Corporación, para zanjar cualquier clase de duda sobre el particular, indicó, dentro del trámite de una acción de tutela que después serviría de fundamento para las sentencias de constitucionalidad aludidas, lo siguiente:

Es de anotar, que la etapa de investigación sólo tiene cabida cuando los funcionarios de los organismos de control fiscal que realicen funciones de investigación fiscal, quienes se encuentran investidos de las atribuciones previstas en el Código de Procedimiento Penal y las especiales que señala el artículo 76, han adelantado oficiosamente "las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra intereses patrimoniales contra el Estado", y determinado, mediante el acopio de las informaciones y pruebas correspondientes, la ocurrencia del hecho y su posible incidencia en la gestión y en la responsabilidad fiscal, la identificación de los autores o partícipes y de

¹ Entre las sentencias de constitucionalidad se pueden tener en cuenta, CORTE CONSTITUCIONAL, sents. C-054 de 6 de febrero de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-540 de 23 de octubre de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-635 de 31 de mayo de 2000, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, *inter alia*.

N.U.R. 218-3-4/435/03

Consulta sobre el proceso de responsabilidad fiscal.
Tránsito de legislación- etapas.

sus bienes. Es decir, que cuando el resultado de las diligencias preliminares amerite la apertura de investigación, se procederá a ello mediante la expedición de un auto del investigador, en el que se "ordenarán las diligencias que se consideren pertinentes, las cuales se surtirán en un término no mayor de 30 días, prorrogables hasta por otro tanto.

Es deber del investigador ordenar y practicar las pruebas que le sean solicitadas, y las que considere procedentes decretar y practicar en relación con los hechos investigados, como se deduce de los artículos 72 y 75, según los cuales, en las actuaciones relacionadas con el proceso de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso, y que durante la etapa de investigación, "se allegan y practican las pruebas que sirven de fundamento a las decisiones adoptadas en el proceso de responsabilidad fiscal.²

En los fallos aludidos encontré, además, que el proceso de responsabilidad fiscal, con las aclaraciones propias de las decisiones jurisprudenciales, resultaba ajustado a nuestro ordenamiento. Puso de presente, igualmente, que en la etapa investigativa era necesaria la presencia del implicado como parte de la garantía del derecho de defensa. En relación con lo *sub examine*, aclaró el carácter de la etapa de investigación dentro del proceso de responsabilidad fiscal, confiriéndole una naturaleza cualitativa superior al de la simple indagación o sospecha.

En el proceso de responsabilidad fiscal reglamentado por la Ley 610 y que derogó expresamente las normas relativas al mismo contenidas en la Ley 42 de 1993, también se encuentran dos autos principales, a saber: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 40) y el auto de imputación de responsabilidad fiscal (art. 48). Con el primero se inicia formalmente dicho proceso y se decretan también las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes y las medidas cautelares a que hubiere lugar. Esta etapa debe adelantarse en un término de 3 meses prorrogable por otros 2, si fuere necesario. Respecto del segundo, vencido el término que se acaba de señalar, se procede a dictar el auto que ordena el archivo de las diligencias o el de imputación de responsabilidad fiscal.

La estructura de la actuación en responsabilidad fiscal quedó, en consecuencia, de la siguiente manera:

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. SU-620 de 13 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

- a) Indagación preliminar.
- b) Proceso de responsabilidad fiscal el cual se subdivide las etapas que delimitan las siguientes determinaciones:
- Auto de apertura del mismo que inicia el proceso si de la indagación se desprende la existencia del daño e indicios de responsabilidad.
 - Imputación de responsabilidad fiscal.
 - Fallo con o sin responsabilidad fiscal

La inspiración de esta nueva organización parece haber provenído del procedimiento disciplinario expedido con la Ley 200 de 1995 en donde se suceden las etapas de indagación preliminar, investigación disciplinaria, evaluación y fallo.

No obstante, la diferencia de estructuras planteadas, se deduce que los dos autos, el de apertura de investigación fiscal de la Ley 42 de 1993 y el de apertura de proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 610 de 2000, pueden ser considerados equiparables y equivalentes en cuanto entrañan una decisión respecto de la procedencia de profundizar procesalmente sobre la conducta investigada luego de haber practicado una serie de pruebas que conlleven a definir y determinar la responsabilidad. En tales autos se persigue adelantar la instrucción del proceso, para lo cual se decretan pruebas, se estima el daño patrimonial, se decretan medidas cautelares, entre otros aspectos. De otro, son determinaciones que se adoptan siempre y cuando existan ciertos elementos de juicio que así lo ameriten.

2.- SEGUNDA PREGUNTA

En el evento de que se puedan equiparar los Autos mencionados en el numeral primero y teniendo en cuenta que cuando un proceso fue tramitado bajo la Ley 42 de 1993, y se encuentra en etapa de Investigación Fiscal, se debe adecuar al procedimiento normado en la Ley 610; ¿cuál es el trámite a seguir cuando el Auto de Apertura Investigación Fiscal (dictado bajo la vigencia de la Ley 42 del 93), es insuficiente jurídicamente en el sentido de que no permite

inferir el daño al patrimonio público, ni mucho menos el responsable fiscal como para dar aplicación al Artículo 48 de la Ley 610 de 2000?

RESPUESTA

En primer lugar, debe indicarse que el artículo 48 de la Ley 610 de 2000 regula lo concerniente al auto de imputación de responsabilidad fiscal, para cuya expedición se requiere que esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. Se trata, pues, de exigencias *sine qua non*, en ausencia de los cuales no podría dictarse el auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 67 de la ley que se cita, para poder continuar (luego del 18 de agosto de 2000), tramitando los procesos de conformidad con la Ley 42 de 1993, era necesario que dentro del proceso fiscal se hubiere dictado auto de apertura a juicio fiscal o se estuviere tramitando ya, dicha etapa procesal. En los demás procesos, como lo dispone el mismo artículo, esto es, en los que se encontraban en etapa de investigación fiscal, el trámite se debía adecuar a lo dispuesto en la Ley 610.

Precisamente la disposición en comento fue revisada por la Corte Constitucional y en la sentencia C-619 de este año que culmina indicó:

15. Las diferencias anotadas permiten a la Corte establecer que la determinación del legislador de optar por disponer la ultraactividad de la Ley 42 de 1993 para aquellos procesos de responsabilidad fiscal que ya se encontraban en la etapa de juzgamiento, y el efecto general inmediato de la Ley 610 de 2000 para aquellos otros que no hubieran superado esta fase, radica en la diferente situación jurídica en que se encuentra el presunto responsable en cada uno de los casos, y en la necesidad de resolver de manera práctica la forma de continuar el trámite del proceso. En efecto, dentro del esquema del proceso de responsabilidad fiscal que regula la Ley 42 de 1993, cuando se profiere auto de apertura a juicio fiscal ya se ha surtido la investigación durante la cual se han allegado y practicado las pruebas que van a servir de fundamento a las decisiones que se adopten dentro del proceso. Entonces, el legislador consideró que respecto de aquellos procesos que ya hubieren llegado a la fase de juzgamiento, no resultaba adecuado disponer el efecto general inmediato del nuevo régimen, pues dada la diferente estructura que presentan cada uno de

los procedimientos en una y otra ley, ello equivaldría a retrotraer o a confundir el procedimiento habida cuenta que en el sistema de la Ley 610 no existe una diferencia tajante entre una etapa investigativa y otra de juicio, como si sucede dentro del esquema de la Ley 42 de 1993. Por ello, apartándose de la norma general que establece la legislación colombiana y que ha acogido la doctrina y la jurisprudencia, encontró oportuno determinar la ultraactividad del anterior régimen respecto de aquellos procesos en fase de juzgamiento, y desechar el efecto general inmediato que opera como norma general, el cual se reservó únicamente para los procesos que no hubieren avanzado hasta la referida etapa de juzgamiento.

[...]

En el caso de la norma que ocupa la atención de la Corte, ella dispone la aplicación de dos regulaciones legales distintas, a sujetos que se encuentran en diversa situación jurídica. Adicionalmente, la finalidad que se persigue con dicha diferenciación, que es la de dar claridad al trámite que debe proseguirse una vez entre en vigencia la nueva legislación, resulta acorde con los principios que presiden el ejercicio de la función administrativa, en especial los principios de eficacia, economía y celeridad a que se refiere el artículo 209 superior, pues evidentemente la solución de prescribir el efecto general inmediato de la nueva ley respecto de los procesos en curso que hubieren alcanzado la fase de juzgamiento, significaría, dadas las nuevas peculiaridades del nuevo esquema procedimental, un retroceso en el trámite, y una confusión respecto de la validez e inamovilidad de lo ya surtido. En efecto, no parece razonable que un proceso que se encuentra ya en su etapa final, deba someterse a una nueva ley en la cual esa etapa final no aparece expresamente regulada. En cambio, la aplicación inmediata de la nueva ley a los procesos que apenas se están iniciando, no plantea los mismos inconvenientes descritos por lo cual consulta el principio de razonabilidad.³

De acuerdo con lo dicho, un proceso que se encontrara el día 18 de agosto de 2000⁴ -fecha en la cual entró en vigencia la nueva regulación-, en la etapa de investigación fiscal, vale decir, estaba dentro del término de 30 días o máximo, dentro del término de prórroga de otros 30 días de que habla el artículo 77 de la Ley 42, de inmediato debió haberse adecuado al nuevo

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-619 de 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Debe agregarse que la disposición estudiada fue declarada exequible.

⁴ La Ley 610 fue publicada en el Diario Oficial 44.133 de 18 de agosto de 2000.

procedimiento establecido en la Ley 610. En este orden de ideas, se habría iniciado el término de 3 meses prorrogables hasta por otros 2 meses, de que trata el artículo 45 de la Ley 610. Esto lleva a deducir que, bajo la hipótesis planteada, a más tardar el 18 de enero de 2001, debió haber terminado la etapa de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. En tal fecha era preciso que se hubiera dictado auto de archivo del proceso o auto de imputación de responsabilidad fiscal.

No sobra señalar que el proceso de responsabilidad fiscal regulado por la Ley 42 de 1993 tenía por objeto el establecimiento y determinación de la responsabilidad fiscal. Para dictar el auto de apertura del juicio fiscal, debía existir certeza sobre un detrimento o un daño al patrimonio del Estado y unos presuntos responsables. De lo contrario, procedía dictar auto ordenando el archivo del expediente.

La filosofía que impulsaba la Ley 42 de 1993 no era disimil de aquella que gobierna la Ley 610 de 2000, máxime con las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional. Si bien la diferenciación entre la etapa instructiva y la de juicio no aparece en la actual legislación, la adecuación del trámite es factible a partir del auto de apertura de investigación. Obviamente, la aplicación inmediata de tal normatividad exige que el instructor realice las ulteriores actuaciones con sujeción plena a la nueva ley y bajo la óptica de los requerimientos exigidos en el auto de imputación, *v. gr.*, lo establecido en el artículo 48. Es de aclarar, adicionalmente, que la etapa de investigación tenía por objeto el fortalecimiento del caudal probatorio que permitiera concretar ciertos aspectos nodales de dicha responsabilidad. Al margen de lo anterior, no se observa cómo, en el momento en que la Ley 610 es plenamente aplicable, el funcionario investigador no dirigiera su impulso hacia la demostración del daño y el compromiso de la responsabilidad de los procesados, elementos propios del auto de imputación, previa la adecuación del procedimiento.

Por último, fue tan evidente el propósito del legislador de no afectar los procesos en curso y tan consciente del cambio de estructura introducido que, para evitar eventuales traumatismos, entre los más delicados la posible declaratoria de caducidad, preservó los procesos que se hallaban en la etapa de juicio fiscal.⁵ La Ley 610 no puede ser considerada como un obstáculo

⁵ Debe recordarse que la disposición que se convertiría en el artículo 67 fue incluida en el Senado de la República para el informe de ponencia en Plenaria de esa Corporación.

para el desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal, por lo menos en cuanto a aquellas actuaciones que se hallaban en curso.

3.- TERCERA PREGUNTA

¿En cumplimiento del artículo 67 de la Ley 610 de 2000, se puede dictar Auto de Apertura de proceso de Responsabilidad Fiscal, aunque previamente exista Auto de Investigación Fiscal proferido bajo el imperio de la Ley 42 de 1993? Ó ¿se debe declarar la nulidad del primer Auto de Investigación proferido bajo el imperio de la Ley 42/93, para luego si proferir el Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal? Ó existe algún otro mecanismo jurídico para sanear dicha situación, en razón de que eventualmente al declarar la nulidad del primer auto se genere como consecuencia la aplicación de la caducidad, y por ende en archivo del proceso.

RESPUESTA

Se contesta en el mismo orden planteado, no sin antes reiterar, a manera de premisa mayor de este acápite y final del anterior, que la legislación adoptada no pretendió afectar el encausamiento por responsabilidad fiscal ni servir de prurito para que los procesos que se adelantaran produjeran una frustración más al país en materia tan delicada, de actualidad y de tanto cuestionamiento.

Como primera medida, no sería del caso dictar auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal cuando previamente y antes del 18 de agosto de 2000, se había expedido el auto de apertura de investigación fiscal porque, como se vio, ambos son equiparables y, por tanto, no resultaría imprescindible duplicar la actuación procesal. Lo que procedía, era expedir el auto ordenando seguir el trámite de acuerdo con lo establecido en la Ley 610. Una interpretación contraria produciría una innecesaria aplicación retroactiva de dicha normatividad.

También debe indicarse que el texto que un principio se estaba debatiendo se restringía al inciso segundo del que finalmente fue aprobado, vale decir, la oración "los términos que hubieren comenzado a correr y Las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, GACETA DEL CONGRESO número 197 de 9 de junio de 2000.

En segundo lugar, no hay lugar a declarar la nulidad del primer auto (el de apertura de investigación fiscal) a no ser que haya ocurrido alguna de las causales para que opere dicho fenómeno a las cuales alude el artículo 36 de la Ley 610 de 2000. Es de advertir que la nulidad es una medida extrema dentro del proceso, que lo frustra por errores de gran relevancia, tal y como se vislumbra de una lectura de la norma aludida y de las causales que dicha disposición enuncia.

Finalmente, debe analizarse si, de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 610 o bien de la interpretación brindada por la Corte Constitucional en relación con la operancia de dicho fenómeno de la Ley 42 de 1993, -según sea más favorable para el implicado-, ya han transcurrido los términos de caducidad de la acción fiscal o de prescripción de la responsabilidad del presunto implicado, sin menoscabo de la persecución penal y de la activa participación de las contralorías (arts. 9º y 65 *ib.*). Estaríamos en una de las eventualidades de cesación de la acción fiscal, tal y como lo previene el artículo 16 de la multicitada Ley 610, lo reitera el artículo 47 de la misma legislación y usted lo pone de presente. Independiente de lo anterior, la existencia de una de las causales de nulidad del proceso, en los términos ya comentados, no puede quedar supeditada a la eventual ocurrencia del fenómeno de caducidad. Sería tanto como afirmar que el fallador puede alegar su propia culpa así el interés de recuperación del erario sea de reconocida relevancia. Ocurre que el debido proceso también tiene un valor sustancial dentro de nuestra organización el cual no puede ser soslayado. Pero, un buen adelantamiento del proceso, carente de errores sustanciales, no puede caer presa del desasosiego de la caducidad o la prescripción en virtud de un cambio de ley.

Comentario marginal merece la aplicación del principio de favorabilidad en estos escenarios. Al respecto, es preciso señalar que esta dependencia ha estimado⁶, a pesar de que el proceso de responsabilidad no tiene estirpe penal, que el carácter aflictivo del mismo conduce a que se apliquen figuras como la comentada. En apoyo de esta tesis, la Corte Constitucional, ha afirmado:

⁶ Concepto de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República de 18 de septiembre de 2001.

N.U.R. 218-3-4/435/03
Consulta sobre el proceso de responsabilidad fiscal.
Tránsito de legislación- etapas.

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.⁷

De lo indicado se desprende que, como antes se observó, lo procedente es dictar los autos de archivo o los de imputación de responsabilidad, según el caso, previo el auto de adecuación del trámite según la ley vigente y siguiendo las etapas de imputación de responsabilidad fiscal, notificación del auto, traslado, decreto y práctica de pruebas y fallo.

En los anteriores términos, espero haber absuelto las inquietudes por usted formuladas, teniendo en cuenta que las respuestas brindadas tienen el alcance que les otorga el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo

Cordialmente,


JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

DOZ

c.c. Director de Control Fiscal
Director de Responsabilidad Fiscal
Gerentes Seccionales.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL sent. C-540 de 23 de octubre de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. Se resalta. Esta tesis es inicialmente formulada en la sentencia SU-620 de 1997 y a ella se alude, también y de manera indirecta, en la sentencia C-840 de 2001.