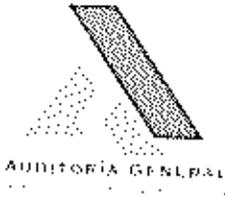


Bogotá D.C., 15 de enero de 2003

#Adp012 3959480110

110 002. 2003

Doctores
Leonor Pérez Rojas, Edna Caicedo Portilla
Elga Quijano Jurado y Jesús María Muñoz
Grupo de Responsabilidad Fiscal
CONTRALORÍA MUNICIPAL
Bucaramanga, Santander



Referencia: NUR 216-3-13033/435/03.

Solicitud de concepto sobre reconstrucción de expedientes.

Respetados Doctores:

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes que, por conducto de la Gerencia Seccional IV de la Auditoría General de la República, han planteado.

1. LA CONSULTA

En su escrito solicitan se conceptúe sobre los pasos a seguir en el proceso de reconstrucción de los expedientes que contenían procesos de responsabilidad fiscal, destruidos a causa de la conflagración ocurrida en el edificio de la alcaldía municipal de esa ciudad, lugar donde tenía sus instalaciones el ente fiscalizador.

2. CONSIDERACIONES

Con el objeto de absolver los interrogantes planteados, se estima necesario efectuar el siguiente análisis:

2.1.- Normatividad aplicable

Como sabemos, la función pública de control fiscal que, por mandato constitucional cumplen las contralorías, lleva inmersa las facultades de establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, procurar el resarcimiento del daño o detrimento sufrido por el erario público, imponer multas, recaudarlas y ejercer

concepto 110.002.2003



la jurisdicción coactiva. Todas estas actuaciones, para su trámite, requieren la observancia del debido proceso y comportan la formación de expedientes.

En cuanto al debido proceso, no existe mayor dificultad toda vez que el legislador se ha ocupado de regular los diferentes procedimientos en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 y remite, en lo no previsto en ellas, al Código Contencioso Administrativo -CCA-, al Código de Procedimiento Civil -CPC- y al Código de Procedimiento Penal -CPP-, según la naturaleza del asunto. En relación con la formación y manejo de expedientes las leyes aludidas guardan silencio por lo que, como ya se dijo y como ustedes lo anotan, se debe acudir a las normas remisorias.

Para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, el legislador determinó, en los aspectos no previstos en la Ley 610, un régimen de complementariedad normativa que se inicia con la aplicación del Código Contencioso Administrativo -CCA-, continúa con el Código de Procedimiento Civil -CPC-, y finaliza con el Código de Procedimiento Penal -CPP-, aclarando que debe, si es preciso acudir a alguna de ellas, existir compatibilidad. De este modo, la aplicación de tales fuentes normativas pasa por dos tamicos sucesivos; por un lado la jerarquía planteada, por otro la compatibilidad con lo previsto en la Ley 610 que se torna en condicionamiento último. Lo compatible, según su primera acepción, "es lo que tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir un mismo lugar o sujeto". Esa adaptabilidad podría conducir, en extremo, a que ninguno de los códigos aludidos fuere aplicable y a una más compleja problemática hermenéutica.

De acuerdo con las definiciones que trae la normatividad *sub examine*, el proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas con base en las cuales se persigue el resarcimiento patrimonial.¹ Esta naturaleza, sin embargo, debe ser complementada con una estructura procesal propia de los procesos sancionatorios (penales o disciplinarios) en los cuales, entre otros, se contempla la exposición libre y espontánea del presunto responsable. De allí que el propio legislador se atreviera a plantear una complementariedad con normas penales que, aparentemente, distan de los trámites de carácter administrativo.

¹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-832 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

Es, pues, la naturaleza híbrida de este proceso que ha originado que haya quien lo tilde de punitivo.

Con base en estas precisiones el aplicador debe, por tanto, efectuar el trasegar aludido en la ley. En primer lugar, el CCA, no menciona el asunto pero a la vez remite al CPC que es la legislación vértice. Por su parte, el CPC regula el tema en el artículo 133, en los siguientes términos:

Art. 133.- Trámite para la reconstrucción. En caso de pérdida total o parcial de un expediente, se procederá así:

1. El apoderado de la parte interesada formulará su solicitud de reconstrucción y expresará bajo juramento, que se entiende prestado por la presentación del escrito, el estado en que se encontraba el proceso y la actuación surtida en él.
2. El secretario informará al juez quiénes eran las partes y los apoderados, el estado en que se hallaba el proceso en el momento de su pérdida y las diligencias realizadas para obtener su recuperación.
3. Se citará a los apoderados para audiencia, con el objeto de que se compruebe tanto la actuación surtida como el estado en que se hallaba el proceso al tiempo de su pérdida, y para resolver sobre su reconstrucción. El auto de citación se notificará por estado, y además, personalmente o en subsidio, por aviso que se entregará a cualquiera persona que se encuentre en el lugar denunciado por el apoderado para recibir notificaciones personales, y si esto no fuere posible se fijará en la puerta de acceso de dicho lugar.
4. El juez podrá decretar, de oficio o a petición de parte, toda clase de pruebas y exigir declaración jurada de los apoderados, de las partes, o de unos y otras.
5. Si ninguno de los apoderados ni las partes concurre a la audiencia y se trata de pérdida total del expediente, el juez, cancelará las medidas cautelares, que se hubieren tomado y declarará extinguido el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el demandante de promoverlo de nuevo.
6. Si sólo concurriere a la audiencia una de las partes o su apoderado, se declarará reconstruido el proceso con base en su exposición jurada y las demás pruebas que se aduzcan en aquélla.

7. Del mismo modo se procederá cuando la pérdida parcial del expediente impida continuar el trámite del proceso; de lo contrario, y no siendo posible la reconstrucción, el proceso se adelantará con prescindencia de lo perdido o destruido.

8. El auto que resuelva sobre la reconstrucción, es apelable en el efecto suspensivo.

9. Reconstruido el proceso, continuará el trámite que le corresponda.

De conformidad con lo indicado, ésta sería una potencial norma remisoría, que debería aplicarse de preferencia al estatuto procesal penal. Sin embargo, esta oficina considera que existen elementos con base en los cuales es posible afirmar que no es una norma "compatible" con la naturaleza de la Ley 610. Para empezar existe una diferencia entre el proceso civil, en el que se dirimen conflictos entre particulares originados en situaciones de derecho privado, y el proceso administrativo, en el cual las entidades públicas, en virtud del imperio que tiene el Estado, crean situaciones o imponen obligaciones -haciendo confundir en apariencia en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y parte-. Especialmente porque el concepto de parte no es propio de esta actuación. El legislador, por el contrario, trae el concepto de implicado, presunto responsable o posible autor (artículos 19, 39, 42, 44, 49 y 50 Ley 610 de 2000), propias de los procedimientos punitivos, asociados al concepto de sujeto procesal.

Adicionalmente, el funcionario que lo tramita desarrolla una labor oficiosa (artículo 8° ib) y se diferencia así de la actuación procesal civil. Así mismo, la aplicación de esta norma podría dar al traste con la reconstrucción pues los implicados serían los menos interesados en llevar a cabo estas diligencias. Finalmente, para aplicar esta disposición sería necesario desvirtuar la misma y considerar que el funcionario fiscal sería a la vez juez y parte, condición que no es la que el CPC desarrolla. En conclusión, esta oficina se aparta de la forma de reconstrucción que se plantea en la misiva de consulta y sugiere otra que, en su entender, se adapta mejor al proceso de responsabilidad fiscal.

Lo anterior, conduce desestimar la aplicación de dicho artículo y a consultar la última de las normas remisorias, el CPP, el cual trata el tema de reconstrucción de expedientes en los artículos 155, 156 y 157.

Tales disposiciones establecen:

Reconstrucción de expedientes

Art. 155. Procedencia. Cuando se perdiere o destruyere un expediente en curso o requerido para tramitar una acción de revisión, el funcionario judicial ante quien se tramitaba, deberá practicar todas las diligencias necesarias para lograr su reconstrucción.

Las piezas procesales recogidas en soportes lógicos serán reproducidas y así se hará constar por el servidor judicial.

Con el auxilio de los sujetos procesales, se allegarán copias de las diligencias o providencias que se hubieren expedido; de la misma manera, se solicitarán copias a las entidades oficiales a las que se hayan enviado.

Cuando se hubiere proferido sentencia y se encuentre pendiente su ejecución, ésta se adelantará sobre la copia de la decisión que repose en el despacho judicial, sin que sea necesaria la reconstrucción de toda la actuación por parte el juez correspondiente.

Art. 156. Copias. Las copias no objetadas del acto procesal realizado en un expediente por reconstruir, probarán su contenido.

Art. 157. Presunción. Las copias de las providencias hacen presumir la existencia de la actuación a que se refieren y las pruebas en que se fundan. Igualmente las copias de una actuación hacen presumir la existencia de las actuaciones anteriores.

Art. 158. Imposibilidad de reconstrucción. Los procesos que no pudieren ser reconstruidos en su totalidad deberán ser e iniciados o continuados, según el caso, oficiosamente o a petición de alguno de los sujetos procesales. (Se subraya)

De su lectura se desprende que, en virtud del papel que despliega el funcionario de control fiscal, tal norma es compatible con la naturaleza de proceso fiscal. Este sería el procedimiento más adecuado para aplicar en caso de pérdida o destrucción de los expedientes que contengan procesos de responsabilidad fiscal dada la concurrencia en el ente de control de la calidad de juez y parte. Podría, entonces, la entidad iniciar de oficio la reconstrucción del expediente y ordenar la práctica de todas las diligencias necesarias

para lograr tal fin. En caso de no conseguirse éste, puede, también de oficio, iniciar un nuevo proceso.

2.2. El caso *sub examine* - algunos lineamientos para la resolución de la problemática planteada.

Por reconstruir se ha entendido la acción de "unir, allegar, evocar recuerdos o ideas para completar el conocimiento de un hecho o el concepto de una cosa". Tal acepción es útil para efectos de dar cuenta de la labor que es preciso desplegar cuando ocurren esa clase de insucesos.

Del contenido del artículo 133 del CPC se infiere que "reconstrucción del expediente" no significa recuperación de cada una de las piezas procesales sino el establecimiento, por las partes, del estado en que se hallaba el proceso y las actuaciones surtidas dentro del mismo con el soporte de las pruebas que se puedan recaudar. Es decir un expediente se entiende reconstruido una vez las partes, o por lo menos una de ellas, han establecido y comprobado los aspectos antes mencionados.

Por su parte, el CPP prevé la reunión de copias de las diligencias que se hubieren adelantado, requisito éste que en materia penal resulta expedito si tenemos en cuenta que la actuación se adelanta en original y copia, pero que en materia administrativa es más dispendiosa. En todo caso y aplicando la norma que esta oficina considera la compatible, el funcionario investigador deberá realizar "todas las actuaciones necesarias para lograr su reconstrucción". Deberá efectuar el recaudo de aquellas actuaciones determinantes en las decisiones que se hayan adoptado. Las dos normas procedimentales tratadas, coinciden en que si la reconstrucción total del expediente es imposible, se iniciará el proceso nuevamente.

En consideración de lo anterior, esta dependencia estima necesario indicar que el investigador goza de una autonomía de la cual no puede sustraerse en cada caso. Por lo tanto, las reflexiones de esta oficina no rebasan el nivel de generalidad y abstracción propias de labor de conceptualización. Lo que aquí se desarrolla, para cada hipótesis, constituye lineamientos respecto de los cuales se puede considerar:

- a) En cuanto a los numerales 1, 2 y 7 si para la reconstrucción total de las piezas procesales hace falta la copia de una de ellas, pero de las existentes se puede inferir su existencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 del CPP, se podrá tener como reconstruido el expediente y continuar el trámite.

De este modo y aplicando el régimen de presunciones sin adentrarnos en la situación procesal, pues es tarea del funcionario establecer si el material con que cuenta permite explícitamente (por su mención) o implícitamente (por su necesidad), derivar la existencia de otras piezas procesales con el propósito perseguido. De lo contrario sería necesario iniciar un nuevo proceso.

- b) En relación con el numeral 3, las copias y demás documentación reunida son prueba de la existencia del expediente en reconstrucción y, como tales, solamente adquieren validez en la medida en que se aporten con las formalidades propias del proceso, es decir para que puedan tenerse como tales, deben haberse solicitado, decretado, practicado e incorporado al proceso dentro de los términos y en la oportunidad señalados (artículo 183 CPC), como consagra el CPP para todas las providencias (inclusive para la que declara reconstruido un expediente), siempre deben fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación (artículo 232 CPP). Así pues, en el caso planteado se deberán agotar las diligencias para aportar la documentación a la cual alude. Para otras piezas procesales se reitera lo indicado en el literal a).
- c) En el caso planteado en el numeral 4, si de la copia del auto de apertura y demás actuaciones reconstruidas, se presume la existencia de las no reconstruidas, se entenderá reconstruido el expediente y se continuará con el trámite, de lo contrario se iniciará uno nuevo.
- d) La situación descrita en el numeral 5 es el típico caso de imposibilidad de reconstrucción, de donde podría pensarse que lo pertinente sería declarar no reconstruido en expediente, sin perjuicio de poder reiniciar la actuación en caso de obtener evidencias que así lo permitan.

- e) En el numeral 6 plantea el caso de imposibilidad de reconstrucción de un expediente que contenía un proceso dentro del cual se habían practicado medidas cautelares; en este caso se declarará la mencionada imposibilidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 155 del CPP. En cuanto a las medidas cautelares vale la pena contemplar el escenario en el cual subsistan algunas actuaciones o diligencias (hallazgos) de los que pueda derivarse la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. En esta hipótesis no sería necesario, entonces, levantar tales medidas y por el contrario resultaría contraproducente. Esto último, atendiendo lo previsto sobre en el artículo 12 de la Ley 610 de 2000, el cual establece:

Artículo 12. Medidas cautelares. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. (Se subraya).

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

En efecto, considerando la finalidad de esta norma tenemos que si las medidas cautelares se pueden mantener durante el trámite de dos procesos diferentes, de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva, se pueden preservar cuando se trata del mismo proceso cuyo trámite debe iniciarse nuevamente. Todo ello en aras de asegurar la recuperación del detrimento sufrido por el tesoro público y siempre y cuando existan pruebas o evidencias suficientes para el reinicio del proceso y se pueda dictar auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en la misma actuación. Lo anterior en aplicación de los principios que gobiernan el proceso de responsabilidad fiscal (artículo 2º, Ley 610).

- f) Finalmente, en cuanto a la sanción en que puede incurrir el presunto responsable fiscal por no atender una citación dentro del proceso, la norma especial no prevé ninguna, la norma

penal tampoco y la norma civil solo se refiere al testigo renuente, pero en este caso no puede tratarse al investigado como testigo, pues ostenta la calidad de sujeto procesal. No obstante, de acuerdo con el artículo 145, numeral 5° del CPP, es deber del sujeto procesal concurrir al despacho cuando sea citado y acatar las órdenes del instructor, lo cual plantearía la correlativa acción de la autoridad para lograr su cumplimiento mediante la aplicación de medidas correccionales disciplinarias que garantizan la intangibilidad del proceso (artículos 39 del CPC y 144 del CPP).

Resta puntualizar que este concepto se emite en desarrollo de lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada ha sido absuelta, me suscribo de ustedes,

Atentamente,

Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director de la Oficina Jurídica

c.c. Auditor Delegado
Gerentes Seccionales

**CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
GRUPO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

Bucaramanga, 13 DIC 2002

002300

Doctor
HORACIO CRISTANCHO TORRES
Gerente Seccional Santander
Auditoria General de la República
Carrera 27 No. 36-14 piso 8
Ciudad.

© A.S.R. SECCIONAL IV (BUCARAMANGA)
12:22:00 PM AL CONTESTAR CPE EL MIP - 216-1-1575
5-580 Avenida 01 Norte, Pórtico 4, Anexo 1, NO
Tránsito - 275 - CONCEPTO
Origen: CONTRALORIA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA
Oficina: 016 GERENCIA SECCIONAL IV (BUCARAMANGA)

ASUNTO: Solicitud Concepto.

Respetado Doctor:

En hechos acaecidos el pasado primero de junio un incendio arrasó casi en su totalidad la fase I del edificio de la Alcaldía de Bucaramanga, lugar donde despachaba este ente fiscalizador, causando la destrucción total de expedientes, libros radicadores y demás documentos. Nuestra necesidad radica en la reconstrucción de los expedientes en trámite al momento del suceso, al efecto y en consideración que la Ley 610 de 2000, no prevee esta situación, (sin embargo), aunque en su Artículo 66 nos remite a otras fuentes normativas, para el caso en cuestión el artículo 133 del C. de P.C. Establece el trámite mencionado para la reconstrucción de expedientes. Del análisis de esta norma, nos surgen una serie de

dudas que con todo respeto le presentamos con el fin de continuar cumpliendo a cabalidad nuestra misión.

Teniendo en cuenta que las actuaciones que adelantamos son de carácter eminentemente administrativo y el procedimiento previsto en la normatividad citada a diferencia de la anterior, resulta más expedito en consideración que las partes son las interesadas en la reconstrucción de los expedientes, y son ellas las que colaboran con su aporte en esa gestión, atendiendo lo anunciado anteriormente; razón por la cual, elevamos nuestra consulta así:

1. En el caso de los expedientes en los cuales se recaudó la totalidad del material probatorio existente, salvo el Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal y su respectiva versión libre, a pesar de haberse citado a audiencia de reconstrucción al presunto responsable y habiéndose agotado los medios de notificación del artículo 133 del C de P.C., sin lograrse su asistencia. ¿Se debe continuar el proceso con prescindencia de la parte destruida, procediéndose a emitir la respectiva providencia o se hace necesario reconstruir las piezas procesales mencionadas?
2. En aquellos procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se recaudó la totalidad del material probatorio, excepto los Autos de Apertura de Proceso, versión libre y el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal. ¿Se debe continuar el proceso con prescindencia de la parte destruida, procediéndose a emitir la respectiva providencia o se necesita reconstruir las piezas procesales?
3. En la situación que una de las partes (apoderado de la aseguradora) suministró material probatorio incluidos los Autos, pero de manera informal fuera de la audiencia de reconstrucción a la cual no ha asistido, quedando reconstruido el expediente en una gran parte, faltando solo la versión libre y su ampliación que había rendido

Responder

el presunto responsable y los alegatos de defensa que había presentado al inicio de la etapa de juicio fiscal. ¿Es procedente proferir fallo en estas condiciones, o en caso contrario, qué trámite se debe seguir?. Es de aclarar, que al momento del incendio, el proyecto de fallo estaba para revisión y su respectiva firma.

- 4. En el evento de los procesos en los que se había proferido Auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal y se había recepcionado versión libre al presunto responsable, pero en su reconstrucción no se recaudó la totalidad del material probatorio por haber sido incinerada la dependencia afectada por el daño fiscal y el presunto responsable no compareció a la Audiencia de reconstrucción. ¿Qué procedimiento se debe seguir para lograr la reconstrucción de los mismos?
- 5. En la situación de las diligencias preliminares que se adelantaban al momento del siniestro y hubo necesidad de proceder a su reconstrucción, pero el denunciante nunca compareció y la entidad que envió la documentación para que se adelantara las diligencias también despachaba en el edificio de la Alcaldía fase I lugar donde ocurrieron los hechos. ¿Qué procedimiento se debe adelantar?
- 6. En el evento que no sea posible materialmente la reconstrucción del expediente, la norma anunciada a nuestra interpretación consagra que se cancelarán las medidas cautelares que se hubieren tomado y se declarará extinguido el proceso, quedando a salvo el derecho que tenga el denunciante de promoverlo de nuevo. En este caso, ¿Se le asignaría un nuevo radicado, qué procedimiento se debe seguir?
- 7. Para los procesos en los que se haya dictado Auto de Apertura de Proceso, decretado medidas cautelares, recepcionado versión libre al presunto responsable y el presunto responsable haya comparecido a la Audiencia de reconstrucción, pero no aportó el Auto de Apertura a Proceso. ¿Se debe continuar con el proceso con prescindencia de la pieza procesal no aportada, procediéndose a emitir la respectiva providencia o se necesita reconstruirla?

8. ¿A qué sanción se puede hacer acreedor el sujeto procesal que citado para audiencia para el fin establecido en el artículo 133 del C. de P.C., no comparezca a la misma.

Agradecemos su respuesta, como quiera que ésta se constituye en pieza clave para el procedimiento de reconstrucción, como también los demás aportes y recomendaciones que ustedes consideren pertinentes para el cabal desarrollo de nuestra misión.

Favor contestar a la Carrera 27 No. 33-12 Piso 3, teléfono 64222777.

Cordialmente,

Leonor Pérez R.
LEONOR PÉREZ ROJAS
Asesora

Edna Y. Caicedo Portilla
EDNA Y. CAICEDO PORTILLA
Profesional universitaria

Elga Quijano Jurado
ELGA QUIJANO JURADO
Profesional universitario

Jesus Maria Muñoz Jerez
JESUS MARIA MUÑOZ JEREZ
Profesional universitario