

CONCEPTO 110.046-2007

95

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Al contestar cite NUR: 219-3-2517 21/06/2007 03:50 p.m

Trámite: 435 - CONCEPTO

H2016 Actividad: 01 FISCAL, Folios: 1, Anexos: LO CITADO

Origen: 219 GERENCIA SECCIONAL VII (ARMENIA)

Destino: 110 OFICINA JURIDICA



Al contestar cite NUR:

219-1-3125, 20/06/2007 01:46 p.m

Trámite: 435 - SOLICITUD

H-2673 Actividad: 02 PROCESO, Folios: 1, Anexos: 4 FL

Origen: 219 GERENCIA SECCIONAL VII (PEREIRA)

Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Armenia, junio 19 de 2007
219 - 435-02

MEMORANDO INTERNO

PARA: Dr. CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

DE: MARÍA LUCIA SERNA SÁNCHEZ
Gerente Seccional VII
Armenia

REFERENCIA: Remisión de Solicitud de concepto
Nur.- 219-1-3125

Respetado Doctor:

Comendidamente, me permito remitirle la solicitud de concepto efectuada por la doctora MARIA NHORELLY RESTREPO ALVAREZ, Jefe División de Responsabilidad Fiscal, de la Contraloría General de Caldas, sobre la no aplicación del artículo 18 de la Ley 610 de 2000 a las indagaciones preliminares, y la posición de la Auditoría General de la República sobre la aplicación del citado artículo y su aplicabilidad en las diligencias preliminares.

Para el efecto, me permito remitirle la solicitud efectuada.

Cordial Saludo,


MARIA LUCIA SERNA SÁNCHEZ
Gerente Seccional VII

Anexo. Solicitud en 4 folios.

DR FABIAN
21-06-07



Nit. 800.077.897-2

DRF- 212

CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

Al contestar cita N.U.R.:

219-1-3125.13/06/2007 10:39 a.

Trámite: 435 - SOLICITUD

E-2550 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: 6 FL

Origen: CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS

Destino: 219 GERENCIA SECCIONAL VII (PEREIRA)

Manizales, 6 de junio de 2007

Doctora
MARIA LUCIA SERNA SANCHEZ
Gerente Seccional VII
Auditoría General de la República
Armenia Quindío

Asunto: solicitud concepto

Respetada Doctora María Lucía:

Teniendo en cuenta que se han llevado a cabo varios comités primarios en la División de Responsabilidad Fiscal, dentro de los cuales se han extendido diferentes inquietudes acerca de los conceptos emitidos sobre la no aplicabilidad del artículo 18 de la ley 610 a las indagaciones preliminares, muy comedidamente le solicito darnos a conocer la posición de la Auditoría General de la República, frente a la interpretación del citado artículo y su aplicabilidad en las diligencias preliminares.

Lo anterior, con el propósito de establecer claridad al respecto y poder absolver, como antes lo indique, los interrogantes de nuestros funcionarios instructores.

Atentamente,



MARIA NOHELLY RESTREPO ALVAREZ
Jefe División Responsabilidad Fiscal

Anexo: Concepto: Folios (seis)

Misión: Controlar que los recursos públicos Caldenses se destinen al logro de los fines esenciales del Estado.

Edificio Gobernación Piso 2 PBX 883 12 29 - 883 21 63 - 883 33 13 - 883 33 11 Fax: 884 08 69 Manizales - Caldas
E-mail: contraloriadecaldas@telecom.com.co - www.contraloriageneraldecaldas.gov.co

80112- 2193
Bogotá, D.C., 04 de julio de 2001

Doctora
Cielo Hormiga Paz
Subdirectora Administrativa de Investigaciones
Contraloría Departamental del Valle del Cauca
Carrera 6 Calles 9 y 10 Pisos 5 y 6
Edificio de la Gobernación
Santiago de Cali, Valle del Cauca

Asunto: Interpretación Artículo 18 Ley 610 de 2000

Respetada doctora Cielo:

1- ANTECEDENTE

Conocemos su Oficio SAI234, mediante el cual nos solicita la interpretación del artículo 18 de la Ley 610 de 2000 y si es procedente su aplicabilidad al archivo de las diligencias preliminares.

2- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El Artículo 39 de la Ley 610 de 2000, establece:

"Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta o su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él."

De otra parte, el Artículo 18 de la Ley en mención señala:

"Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."(resaltado fuera de texto).

Dada la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, y teniendo en cuenta que la Ley 610 de 2000 no estableció que clase de autos son consultables, es preciso acudir para ello, según lo dispuesto por el artículo 66 de la norma en cuestión, a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en lo relacionado con las diligencias preliminares. Este precepto establece: *"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 el caso de estudio, las indagaciones preliminares de naturaleza fiscal, son compatibles con las investigaciones previas de que da cuenta el Código de procedimiento Penal en su artículo 319 y analizado la codificación procesal penal, encontramos que, al establecerse el grado jurisdiccional de consulta, no se señalan las decisiones proferidas en la Investigación Previa. (ver, art. 206 C. de P.P., modificado L. 504/99, art. 35):

En este orden de ideas se tiene que, las indagaciones preliminares al igual que las investigaciones previas, son etapas preprocesales, en otras palabras no tienen la naturaleza de proceso y las decisiones que se profieren en ella, no tienen efectos de cosa juzgada, ya que un auto inhibitorio o un auto de archivo, bien puede ser objeto de revocatoria cuando sobrevengan pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.

Dra. Cleo Horniga Paz, Subdirectora Administrativa de Investigaciones, Contraloría Departamental del Valle del Cauca 3

Por otra parte, la Constitución Política de Colombia, en su art. 31, sólo consagra la obligatoriedad de la consulta para las Sentencias judiciales, salvo las excepciones que consagra la ley.

De tal manera, ante la interpretación sistemática de estas normas, no procede el grado de consulta ante las decisiones de archivo proferidas dentro de las indagaciones preliminares establecidas en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000.

Lo anterior, para su conocimiento y fines pertinentes.

Me suscribo de usted, Cordialmente,

Alba Celemín de Rosales
Directora Oficina Jurídica

Radicado: 0977-01



**AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
GERENCIA SECCIONAL VII
Armenia**

Armenia, Quindío, diecinueve (19) de junio de dos mil siete (2007)

De la consulta recibida en medio escrito el 13 de junio del año en curso, suscrita por la doctora MARIA NHORELLY RESTREPO ALVAREZ, Jefe de la División de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Caldas, respecto a solicitud de concepto jurídico sobre la no aplicabilidad del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, remítase como asunto de su competencia, a la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, para que allí se emita el concepto solicitado.

Comuníquese esta determinación a la Oficina de Participación Ciudadana de la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de la Auditoría General de la República

Infórmese sobre esta determinación a la solicitante.

Efectuase las anotaciones en los libros respectivos.

CUMPLASE

C. certificado 10 Agosto 2007 110

Bogotá D.C.

Doctora:

MARÍA NHORELLY RESTREPO ALVAREZ

Jefe de la División de Responsabilidad Fiscal.

Contraloría General de Caldas

Edificio Gobernación 2º piso.

Tel 8832163 – 8833313

Manizales - Caldas

Devolver Copia Firmada

AUDITORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA**Referencia: N.U.R 219-1-2517**

Respetada Doctora María Nhorelly.

En consulta realizada por usted se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a su interrogante.

Lo que se consulta.

¿Conocer la posición jurídica de la Auditoría General de la República sobre la aplicación, o no, del artículo 18 de la ley 610 de 2000 en las indagaciones preliminares?

Fundamentos de Derecho

En relación con el interrogante objeto del presente concepto, la Auditoría General de la República ha mantenido su postura jurídica frente al tema, en el sentido de considerar procedente el grado de consulta frente al auto de archivo proferido en la etapa de investigación preliminar dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

El grado de consulta tiene su fundamento jurídico en la Constitución Política, prevé el artículo 31:

"ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único."

Sobre esta institución procesal, la Corte Constitucional en su oportunidad señaló:



" La consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado un (sic) 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. 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.

La consulta opera por ministerio de la ley y, por consiguiente, la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta aquélla. Por lo 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.

La consulta se consagra en los estatutos procesales en favor o interés de una de las partes. No se señalan en la Constitución los criterios que el legislador debe tener en cuenta para regularla; sin embargo, ello no quiere decir que esté habilitado para dictar una reglamentación arbitraria, es decir, utilizando una discrecionalidad sin límites, pues los derroteros que debe observar el legislador para desarrollar la institución emanan, como ya se dijo, precisamente de la observancia y desarrollo de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución.

Del examen de los diferentes estatutos procesales que regulan la consulta, deduce la Corte que ella ha sido instituida con diferentes propósitos o fines de interés superior que consultan los valores principios y derechos fundamentales constitucionales (...)."¹

Igualmente en sede de tutela el mismo juez constitucional estableció:

*"(...) Como norma integrativa del debido proceso, el art. 31 de la Constitución consagra el principio de la doble instancia, en el sentido de que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. **Tratándose de providencias***

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-153 de 1995. MP Antonio Barrera Carbonell.

diferentes a las providencias de trámite o interlocutorias, le corresponde al legislador determinar, con base en la facultad que tiene para señalar las formas propias de cada juicio, los casos en que procede la apelación o la consulta.”²

En consecuencia, de los diferentes pronunciamientos emitidos por el órgano Constitucional se desprende que el grado jurisdiccional de consulta, no es exclusivo de las sentencias judiciales, sino que adicionalmente procede frente a cualquier auto o providencia que señale el legislador.



Entonces, es aquí donde se debe entrar a determinar si efectivamente el legislador determinó o no, la procedibilidad de la consulta contra el auto de archivo proferido en la investigación preliminar dentro del proceso de responsabilidad fiscal, lo que a juicio de esta dependencia es afirmativo, en tanto que, del estudio sistemático de la ley 610 de 2000, se desprende con claridad el querer del legislador.

Como primera medida, tal y como se señaló en la inquietud formulada, el artículo 18 de la ley 610 de 2000, reglamentario del proceso de responsabilidad fiscal, consagra el grado de consulta en los siguientes términos.

ARTICULO 18. GRADO DE CONSULTA. *Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.*

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso. (negrilla nuestra)

Como se observa, en el grado de consulta dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el legislador desarrolló los principios y valores propios

² Corte Constitucional, Sentencia T-204 de 1997. MP Antonio Barrera Carbonell.

del Estado Social de Derecho³, estableciéndole un tinte netamente garantista, en tanto que propende por el amparo de los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico, entendido no solo como el conjunto normativo y axiológico sobre los que se desarrollan los fines del Estado, sino como instrumento del mismo, y, el interés general como arista sobre la que se protege el patrimonio público a través de decisiones ajustadas a la realidad y al ordenamiento jurídico.



Así mismo, señaló en que casos se podían ver afectados el interés general, los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, enunciando que con el auto de archivo se podrían vulnerar los mismos, lo que a nuestro entender tiene su sustento lógico y coherente (Con la ley 610 de 2000), dado que con éste, se puede llegar afectar el objetivo relevante del proceso de responsabilidad fiscal, como lo es el resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio público, y de contera el interés público.

Es decir, que manera extraordinaria y poco frecuente en nuestra legislación, se establece un mecanismo oficioso que protege los intereses del Estado, con la misma eficacia con que se salvaguardan los intereses individuales de sus asociados; Otorgándole a todos los administrados, que en su momento serán representados por el funcionario competente de segundo grado, el ejercicio de la doble instancia contra aquellas decisiones que son adversas a sus intereses, la que a su vez, genera mayor credibilidad y sustento jurídico a la negativa de continuar con el proceso, mediante el cual se pretende proteger el interés general.

Continuando con el estudio sistemático de la ley 610 de 2000 el artículo 47, establece:

ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.*

³ Artículo 1º Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entes territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto por la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En este orden de ideas, el auto de archivo se puede proferir cuando se constituya alguna de las causales señaladas en la ley para el mismo, independientemente del momento en que se presente la causal generadora del auto, ello, con fundamento en que la ley no limita la expedición del auto al inicio formal del proceso de responsabilidad fiscal, por el contrario, establece que es la forma mediante la cual, cesa, acaba o se suspende en general la **acción de responsabilidad fiscal**.



ARTICULO 16. CESACION DE LA ACCION 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.*

En este mismo orden de ideas, el artículo 17 de la misma norma, que a nuestro juicio compila los fundamentos de nuestra postura jurídica y confirma nuestra posición sobre el tema, reitera la protección al patrimonio público, la esencia de la responsabilidad fiscal, la doble instancia y, la verdad real:

ARTICULO 17. REAPERTURA. *Cuando después de proferido el auto de archivo del expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un **daño patrimonial al Estado** o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso.*

Sin embargo, no procederá la reapertura si después de proferido el auto de archivo, ha operado la caducidad de la acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal.

Por otra parte, realizando una interpretación teleológica, en su momento con la adopción de la ley 610 se buscaba, entre otros aspectos, la salvaguarda de las decisiones adoptadas dentro del criterio de defensa del interés público, el cual tenía grandes falencia en la ley 200 de 1995.

Como corolario de lo anterior, concluye esta oficina que, el grado de consulta contemplado en el artículo 18 de la ley 610 de 2000, procede frente al auto de archivo proferido como conclusión de la indagación preliminar, habida cuenta

que, del estudio sistemático de la ley se extracta con claridad meridiana que la finalidad máxima del grado de consulta es la protección de interés o patrimonio público, el que a juicio del legislador que se podría ver afectado con el auto de archivo, en la medida en que cesa, acaba o suspende la acción de responsabilidad fiscal, bien sea en la investigación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal.



Asimismo, no se observa una razón lo suficientemente fuerte para dejar de lado la garantía de protección de los derechos fundamentales de los asociados, o el ordenamiento jurídico, que son los otros intereses protegidos por el legislador en el artículo 18, cuando en la etapa preliminar se llegasen a ver vulnerados o amenazados, ello sin perjuicio de la utilización de los otros mecanismos de defensa con que cuentan para su protección.

Con el presente concepto esperamos resolver sus inquietudes, no sin antes recordar que al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, de manera alguna compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente.

CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

Fhjp