



Radicado No: 20191100009481

Fecha: 22-03-2019

Bogotá,
110

Doctora
CONSTANZA NOHEMÍ SILVA FORERO
conosifo@hotmail.com
cnsfisabel@gmail.com

Referencia: **SIA ATC 2019000095**
Respuesta a solicitud con radicado N° 2019-233-000463-2 del 08/02/2019
Concepto sobre responsabilidad fiscal – procedimiento verbal y caducidad

Respetados señores:

En atención a su solicitud del pasado ocho (8) de febrero, con Radicado N° 20192330004632, en el cual de manera resumida solicita se conceptúe sobre si: *(i) no tener procesos de responsabilidad fiscal por el procedimiento ordinario por haberle dado prelación al procedimiento verbal, genera una posible falta de carácter disciplinario; (ii) si existe término de caducidad de la acción fiscal diferente al consagrado en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000; (iii) podría una resolución fijar términos de caducidad, cuando estos ya están consagrados en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000*, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.

Conforme a lo consagrado en el artículo 274 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 272 de 2000, la Auditoría General de la República es la entidad competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales del país, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.*

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo.*

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, 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, en su artículo 28 determina que *Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.*

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

Frente al asunto objeto de su petición, no se emitirá concepto sobre situación particular o concreta alguna, a efecto de no tener injerencia en la toma de decisiones de las entidades vigiladas o de control, susceptibles posteriormente de ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una mayor claridad sobre el tema, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – PROCEDIMIENTO VERBAL

El control fiscal o vigilancia de la gestión fiscal es una función pública la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, regulada principalmente por las normas constitucionales contenidas en el Capítulo I del Título X de la CN (artículos 267 al 274), y las normas legales contenidas en las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000, 1474 de 2011, y demás normas concordantes.

La Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, establece:

“ARTICULO 1o. DEFINICION. *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.*

ARTICULO 2o. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCION 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.*

(...)

ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. *La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.*

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

(...)

ARTICULO 8o. INICIACION DEL PROCESO. *El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades*



vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000.

ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad 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 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 en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

(...)

ARTICULO 39. INDAGACION 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 y 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.

ARTICULO 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.

(...)

ARTICULO 41. REQUISITOS DEL AUTO DE APERTURA. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente:

1. Competencia del funcionario de conocimiento.
2. Fundamentos de hecho.
3. Fundamentos de derecho.
4. **Identificación** de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.
5. **Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.**



6. **Decreto de las pruebas** que se consideren conducentes y pertinentes.
7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.
8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.
9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

(...)

ARTÍCULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal **cuando 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 medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.**

El auto de imputación deberá contener:

1. **La identificación plena** de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
 2. **La indicación y valoración** de las pruebas practicadas.
 3. **La acreditación de los elementos** constitutivos de la responsabilidad fiscal y la **determinación de la cuantía** del daño al patrimonio del Estado.
- (...)” (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, 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, en su Capítulo VIII establece **medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción**, para lo cual introduce modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal, de donde se destaca:

“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.

(...)

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.**



(...)

b) **El proceso para establecer la responsabilidad fiscal se desarrollará en dos (2) audiencias públicas, la primera denominada de Descargos y la segunda denominada de Decisión.** En dichas audiencias se podrán utilizar medios tecnológicos de comunicación como la videoconferencia y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores;

(...)

ARTÍCULO 107. PRECLUSIVIDAD DE LOS PLAZOS EN EL TRÁMITE DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año.

(...)

ARTÍCULO 110. INSTANCIAS. El proceso de responsabilidad fiscal será de **única instancia** cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de **doble instancia** cuando supere la suma señalada.

(...)

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

(...)" (Negrilla fuera del texto).

Como se observa de las normas transcritas, se evidencian marcadas diferencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal; este último creado por el legislador para fortalecer y mejorar la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción, a través de importantes avances, como: inicio del proceso solo cuando estén dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación (artículos 40, 41 y 48 de la Ley 610 de 2000); implantar la oralidad; la investigación y juzgamiento en dos audiencias públicas, de descargos y de decisión; procesos de única o de doble instancia en razón de la cuantía del presunto daño; preclusividad de los plazos; presunciones de culpabilidad; entre otros.

Sin embargo, es claro que la ley no derogó de manera alguna el procedimiento ordinario regulado por la Ley 610 de 2000, sino que crea otra modalidad de procedimiento para hacerlo mucho más expedito, bajo requisitos más rigurosos al momento de su apertura, que de no darse, deberá iniciarse el proceso por el procedimiento ordinario.

Cuando estén dados los requisitos de que tratan los artículos 40 y 41 de la Ley 610 de 2000, se deberá abrir el proceso de responsabilidad fiscal por el procedimiento ordinario. Cuando, además de ellos, estén dados los requisitos del artículo 48, deberá abrir el proceso de responsabilidad fiscal por el procedimiento verbal.



En cuanto a la caducidad de la acción fiscal, ésta opera bajo los preceptos consagrados en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, ya transcrito. En respeto de la anterior norma, al interior de los organismos de control fiscal, se podrán expedir las determinaciones administrativas y procedimientos internos necesarios para evitar su ocurrencia.

Respecto de la caducidad de la acción fiscal, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-836/13, proferida el veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente D-9607, frente a la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 9° (parcial) de la Ley 610 de 2000, dispuso lo siguiente:

“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].

(...)

Ahora bien, tanto la caducidad como la prescripción “permiten determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho”[19] y, tratándose del proceso de responsabilidad fiscal, la Corte ha apuntado que el señalamiento de un término de caducidad “constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general”, idea esta que justificó la aplicación de lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo cuando la ley reguladora del proceso fiscal no contemplaba la caducidad[20].

Ciertamente, siempre que esté involucrada la gestión fiscal y que se encuentren comprometidos los recursos del erario, se evidencia un interés general, cuya protección se confía al actuar de la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, llamadas a adelantar las averiguaciones del caso y a determinar si existe mérito para la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, lo que deben hacer de conformidad con el procedimiento legalmente previsto y dentro de los términos igualmente fijados por el legislador.

(...)

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].



Razones de estabilidad ligadas con la seguridad jurídica explican que se prevea un momento a partir del cual ya no sea posible “controvertir algunas actuaciones”[23], de manera que el conocimiento del término de caducidad, previa y expresamente fijado en la ley, para el ejercicio de la acción fiscal implica **que tanto la Contraloría General de la República, como las contralorías territoriales, asumen una carga jurídica que, en aras de la protección del patrimonio estatal, les impone interesarse en el asunto y obrar con prontitud y en su debida oportunidad, so pena de que pierdan la posibilidad de iniciar el correspondiente proceso de responsabilidad por desatender el límite temporal propio de la caducidad y debido a que la actitud negligente y el retardo que desborde el término no pueden ser objeto de respaldo jurídico.**

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.

A la diferencia de situaciones se suma, entonces, la de los bienes jurídicos afectados con la fijación del término de caducidad, cuyo establecimiento pretende, además, armonizar los principios que, según el artículo 209 superior, gobiernan la función administrativa, con las garantías que les correspondan a los sujetos que pudieran ser llamados a responder en un proceso de responsabilidad fiscal.

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 las precedentes consideraciones se desprende que no le asiste razón al demandante al sostener que, en el caso de la responsabilidad fiscal, solo existe la potestad de la



Contraloría en guarda del patrimonio público y ningún interés o derecho en cabeza de quienes enfrentan la posibilidad de ser sujetos pasivos de la respectiva acción, pues ésta, en todo caso, se encuentra sujeta "a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción"[27] que, junto con otras contempladas en la Ley 610 de 2000, "buscan asegurar que las autoridades administrativas ejerzan sus competencias respetando las garantías del implicado a un debido proceso, permitiendo a éste el derecho a ser oído, a defenderse y a intervenir activamente en el proceso, e incluso en la indagación preliminar, ya sea directamente o a través de apoderado"[28].

No de otro modo se explica que esta Corte, en sede de revisión de las decisiones relacionadas con la acción de tutela de los derechos fundamentales, haya amparado los invocados por personas a las que les fue iniciado proceso fiscal cuando ya había operado la caducidad de la acción y ello, porque tal actuación vulnera "la garantía constitucional del debido proceso administrativo, que consagra el artículo 29 de la Carta"[29].." (Negrilla fuera del texto).

Tal como lo aclara la Corte Constitucional, los términos definidos por el legislador para la caducidad de la acción fiscal y la prescripción de la responsabilidad fiscal deben entenderse como términos máximos de ley, y no por ello en todo evento debe extenderse la actuación administrativa hasta dichos límites temporales considerando erróneamente que por el hecho de no excederlos no se estén vulnerando los principios rectores de la función administrativa.

De esta manera se espera haber dado mayor claridad sobre el tema consultado. En consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

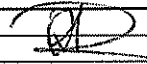

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que por favor la diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N° 64A-29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Cordialmente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Encuesta de satisfacción de usuarios OI.200.P03.F02.

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	OHRJ		22/03/2019
Revisado por:	COVR		
Aprobado por:	COVR		

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