



Radicado No: 20221100018711

Fecha: 02-06-2022

Bogotá D.C.,
110

Doctor

HECTOR ROLANDO NORIEGA LEAL

Asesor de Despacho Contraloría de Santander

Calle 37 No. 10-30, Cuarto Piso, Edificio Gobernación de Santander

asesor1@contraloriasantander.gov.co

Bucaramanga, Santander.

Referencia: Concepto 110.034.2022

SIA-ATC. 012022000299

Temas: De la procedencia de autos para mejor proveer en procesos de responsabilidad fiscal.

Respetado doctor Noriega Leal:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, mediante correo electrónico del miércoles, 25 de abril de 2022 y bajo radicado 20222330008322 y SIA-ATC. No. 012022000299, en el que hace la siguiente consulta:

«¿En un proceso de responsabilidad fiscal el cual se encuentra en etapa de proyecto de fallo con o sin responsabilidad fiscal, ya agotada la etapa probatoria es posible decretar por parte del operador jurídico un auto para mejor proveer con el fin de practicar pruebas necesarias para la decisión?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

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

General, según así lo precisa la propia Constitución ...» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo le informamos que, el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica», amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

«Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. (...)»

Ahora bien, mediante Ley 2207 de 2022, se derogó el artículo en mención. Sin embargo, en tratándose de una solicitud que fue recibida en vigencia del Decreto 491 de 2020, el término aplicable para dar respuesta corresponde a treinta y cinco (35) días.

Por lo anterior, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

Del auto de mejor proveer

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, definió los autos de mejor proveer dentro del proceso contencioso administrativo, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, radicación: 19001-23-31-000-2012-00334-01(55462), indicando lo siguiente:

«Dentro de las denominadas pruebas de oficio la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que existen dos modalidades: La primera, las pruebas de oficio propiamente dichas, que son aquellas que se decretan durante las oportunidades probatorias indicadas por la ley, en conjunto con las pedidas por las partes. La segunda modalidad se refiere al denominado auto de mejor proveer, el cual tiene lugar cuando las etapas probatorias han fenecido y el proceso se encuentra entre la etapa de alegatos de conclusión (que ya hayan sido escuchados o presentados) y antes de dictar sentencia .

Sobre esta última posibilidad, el Consejo de Estado ha señalado que los asuntos sobre los cuales puede versar el auto de mejor proveer se relacionan con puntos oscuros o difusos de la contienda, lo cual “responde al concepto de vaguedad o imprecisión, lo que supone que el hecho o supuesto fáctico que se busca clarificar siempre ha estado en el proceso -no es el oculto ni el inexistente- sino el impreciso, por eso se requiere que emerja con nitidez en forma conexas a la contienda, mediante la opción del auto de mejor proveer” .

PV

El hecho de que el auto de mejor proveer tenga por objeto aclarar cuestiones que ya existen en el proceso pero que aparecen oscuras o dudosas, es lo que explica que pueda ejercerse esa facultad cuando ya ha sido superada la etapa para la presentación de alegaciones de conclusión, sin que ello signifique de manera alguna una vulneración de los derechos de las partes en contienda.»

Ahora bien, es preciso mencionar que no se observa en la regulación aplicable este tipo de auto dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

De la etapa probatoria en el proceso de responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000 reglamenta el proceso de responsabilidad fiscal, en ella se pueden identificar tres momentos probatorios, el primero se encuentra inmerso dentro la etapa de indagación preliminar, y comprende desde la fecha de expedición del auto de inicio de la indagación preliminar hasta la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal o archivo de este, la cual tendrá como objetivo según el artículo 39 de la menciona, lo siguiente:

«(...) 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»

Así las cosas, durante esta etapa se recolectarán las pruebas e indicios que permitan dar cuenta de la existencia del daño patrimonial al estado, la ocurrencia de la acción/omisión y la identificación de los quienes la realizaron, así como de la competencia del órgano fiscal para conocer del proceso.

El segundo momento, tiene lugar durante la etapa de investigación la cual inicia con el auto de apertura del proceso de responsabilidad en cual deberá contener, entre otras cosas:

«6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.»

Ahora bien, con la expedición de 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» se introdujeron modificaciones al artículo 45 de la Ley 610 para prácticas de pruebas, bajo el entendido de que el artículo 107 de la 1474 de 2011 determinó:

«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.»

Al respecto de esta modificación normativa la AGR mediante documento «Gestión del Proceso de

Responsabilidad, Preguntas y respuestas» expedido por oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico, en el año 2013, consideró:

«(...) el artículo 45 de la Ley 610 de 2000, el término probatorio de tres (3) meses nunca fue cumplido por los órganos de control fiscal, ello obedeció a una circunstancia plausible, puesto que en la práctica, dicho tiempo resultaba demasiado breve o corto, dado lo complejo del proceso de responsabilidad fiscal, razón por la cual las contralorías acudían a interpretaciones y situaciones procesales como por ejemplo la expedición del denominado “Auto de mejor proveer”, con el propósito de adicionar el período probatorio.

La anterior postura sumada a otras más, como por ejemplo que dicho término se contaba desde la última notificación del Auto de Apertura al nuevo vinculado, en ciertas oportunidades se traducían en excesivo garantismo y de contera en la dilación del proceso de responsabilidad fiscal y en ocasiones a la prescripción del mismo.

Acierta el legislador en establecer un único término de dos (2) años para adelantar la investigación en esta etapa, pues evidentemente resulta ser un término prudencial y justo para adelantar una investigación en condiciones de igualdad para permitir el derecho de defensa y de contradicción para los presuntos responsables vinculados. Lo importante es que los órganos de control fiscal tengan claro que deben acatar el nuevo período probatorio por la preclusividad que introdujo el Estatuto Anticorrupción y las consecuencias allí incorporadas.

(...)

Teniendo en cuenta la voluntad del Legislador, consistente en agilizar la sustanciación de los procesos, para evitar la prescripción de los mismos y de la misma redacción del artículo 107 de la Ley 1474 de 2011, se entiende que el término probatorio empieza a correr a partir de la notificación del primer Auto que ordena el decreto y práctica de pruebas.

Es decir, que si las pruebas se decretan en el auto de apertura de responsabilidad fiscal, el término se contará desde el momento de la notificación personal de dicho Auto. Pero si, por el contrario, en el citado Auto no se decretan pruebas, el término empezará a contarse desde el día siguiente a la notificación por estado de la primera providencia que ordena la práctica de pruebas.

Así las cosas, practicadas las pruebas, el funcionario expedirá 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, así lo indica el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, que además dispone, que el auto contendrá, entre otras cosas:

«2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.»

Del citado auto, tal como lo dispone el artículo siguiente, se correrá traslado a los presuntos responsables fiscales, que da inicio al tercer momento probatorio, este periodo fue explicado por la

RV

AGR en el documento «Gestión del Proceso de Responsabilidad, Preguntas y respuestas», ya mencionado, de la siguiente manera:

«Es oportuno establecer que el artículo 108 de la Ley 1474 de 2011, en concordancia con los artículos 50 y 51 de la Ley 610 de 2000, determina el trámite y perentoriedad para el decreto y práctica de pruebas en la etapa de descargos o de imputación así:

Notificado personalmente el Auto de imputación de responsabilidad fiscal, los implicados tienen diez (10) días para presentar sus descargos y solicitar pruebas para desvirtuar la imputación. Vencido los diez (10) días el funcionario competente de la contraloría deberá dentro del mes siguiente decretar las pruebas solicitadas por las partes y las que considere de oficio. Una vez surtido dicho mes, se aplica lo establecido por el Artículo 50 de la Ley 610 de 2000, en el sentido que las pruebas se practicarán dentro de un término perentorio de treinta (30) días, una vez sean decretadas.

Aunado a lo anterior, el Estatuto Anticorrupción establece una vigilancia exclusiva a dichos términos por parte de la Auditoría General de la República, inclusive obliga la constatación de estos términos en sus programas de auditoría y derivar las consecuencias por su desatención por ejemplo el traslado de hallazgo disciplinario o la posibilidad de iniciar un proceso administrativo sancionatorio, por el incumplimiento de estos términos procesales. El objeto de la norma es loable, toda vez que busca la celeridad en la sustanciación de los procesos con el fin de evitar la dilación y las prescripciones.

A su turno, el Consejo de Estado en sentencia con radicado 11001-03-15-000-2016-03829-00(AC) del 27 de julio de 2017, concluyó:

«i) En el desarrollo del proceso ordinario de responsabilidad fiscal hay dos momentos dispuestos en la ley como oportunidades para decretar pruebas: i) en el auto de apertura de investigación, y ii) vencido el término de traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal.

(...)

iii) Así las cosas, cuando el artículo 107 de la Ley 1474, dispone que “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”, la norma no hace otra cosa que establecer los términos para practicar las pruebas tanto en la etapa comprendida entre la apertura de la investigación hasta la formulación de imputación o archivo, como en aquella que se inicia con el auto de formulación de imputación y que concluye con el fallo que decide sobre la responsabilidad fiscal.

iv) A esta conclusión se llega teniendo en cuenta que la norma precitada no dispone que el término de dos (2) años para la práctica de pruebas en el proceso ordinario solo se aplique al periodo que sigue a la formulación de imputación, sino que lo establece en términos generales para las distintas etapas probatorias que tienen lugar dentro del proceso de responsabilidad fiscal; término que se cuenta desde la notificación de la providencia que decreta la práctica de pruebas, bien sea en el auto de apertura de investigación o en el auto proferido luego de vencido el término de traslado del auto de imputación de responsabilidad fiscal.

RJ

v) A lo expresado hay que añadir que, atendiendo al principio de interpretación del efecto útil de las normas³⁸, debe entenderse que el artículo 107 de la Ley 1474, modificó el término señalado en el artículo 45 de la Ley 610, pues perdería sentido y sería inoperante la norma fijada en el artículo 107 si se interpreta como una autorización para practicar las pruebas decretadas en un plazo de dos (2) años, pero al mismo tiempo se entiende que en virtud del citado artículo 45 el órgano de control fiscal está obligado a resolver si formula imputación o archiva la actuación cuando han pasado solo tres (3) o cinco (5) meses desde el momento en que se notifica el auto de apertura de investigación. »

Bajo este entendido, se colige que la ley 1474 de 2011 reguló la preclusión tanto del periodo probatorio en la investigación como del que se desarrolla en sede de descargos, con un término de dos (2) años para su práctica, contados desde el auto que decreta las pruebas solicitadas por el presunto responsable, así como las de oficio que se consideren pertinentes.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos.

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

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

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Av Calle 26 # 69-76 Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del

código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 044916b3, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira	<i>Paula Velásquez F.</i>	01/06/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		01/06/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		01/06/2022

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.