



Bogotá D. C,
110.

Doctor

ROLANDO NORIEGA

Correo electrónico: asesor1@contraloriasantander.gov.co

E. S. D.

Referencia: Concepto 110.017.2023
Respuesta SIA-ATC No. 012023000011.

1. *De los recursos en el proceso de responsabilidad fiscal.*

Cordial saludo doctor Noriega;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento identificado con el código de radicación No. 20232330000132 / SIA-ATC No. 012023000011 contenido en el correo electrónico del día 04 de enero de 2023, en el que hace la siguiente consulta:

«A. Si una instancia procesal en un proceso de Responsabilidad Fiscal concede un recurso de apelación que por ley no era procedente, debe la segunda instancia:

1. Resolver el recurso erradamente concedido?
2. Rechazar el recurso que llega a su conocimiento por existir disposición legal que prohíbe la procedencia del recurso?
3. Pronunciarse frente a la no procedencia del recurso? (sic)

B. Que sucede frente al sujeto procesal que le otorgaron el recurso que no era procedente por ley y le rechazan, o devuelven el recurso presentado? Qué acciones tiene frente a la Contraloría?

C. Cómo puede subsanar la primera instancia el yerro jurídico de conceder un recurso que no es aplicable en un caso determinado, como por ejemplo lo es el recurso frente al auto que resuelve recusaciones».

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 dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, 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).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente.

De conformidad con los preceptos normativos, se abordará el tema de manera general y abstracta, sobre el tema solicitado del sobrecosto, bajo las competencias atribuidas a esta Oficina Jurídica, el tema consultado se traerá a colación las normas legales vigentes que reglamentan la materia y manera de ilustración se relacionaran algunas sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado. Lo anterior sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto consultado, así:

1. De los recursos en el proceso de responsabilidad fiscal:

En materia de recursos en el proceso de responsabilidad fiscal, tramitados bajo el procedimiento ordinario y verbal, fueron regulados por la Ley 610 de 2000 y por la Ley 1474 del 2011, tal como se describe a continuación:

Ley 610 de 2000

«**Artículo 38. Término para proponer nulidades.** Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. **Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.**»

(...)

Artículo 51. Decreto y práctica de pruebas. Vencido el término anterior, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decrete o rechace las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición. **Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación;** esta última se

concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.

(...)

Artículo 55° Notificación del Fallo: La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo **y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico**, ante los funcionarios competentes». (Negrilla fuera del texto)

Ley 1474 de 2011

«**Artículo 102° Recursos:** Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos:

El recurso de reposición procede contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones.

El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo.

Contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación.

El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada.

Estos recursos se interpondrán en la audiencia de decisión y serán resueltos dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir del día siguiente a la sustentación del mismo». (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, la Corte Constitucional, declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-090-22, mediante Sentencia C-113-22, en lo atinente al tema reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, así:

«En lo que concierne a los efectos temporales, la Sala aclaró que lo decidido, de acuerdo con la regla general dispuesta en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, tiene efectos inmediatos y hacia el futuro.

(...)

Así mismo, a efectos de evitar un vacío respecto a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, lo cual afectaría las garantías del debido proceso, la Corte consideró necesario precisar que en el presente caso opera la reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que habían sido modificados o adicionados por los artículos declarados inexequibles.»

Concordante con los aspectos de remisión a otras fuentes normativas, contenido en las leyes 610 de 2000 (Art. 66) y 1474 de 2011 (Art. 105), se hace necesario traer a colación lo dispuesto en el

Capítulo VI¹ de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-:

«**ARTÍCULO 74° RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:** Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito. No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso».

En ese sentido, la Corte Constitucional, respecto de los recursos administrativos se pronunció entre otras, en la Sentencia C-146/15, así:

«Del mismo modo, se reitera en el Informe de Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 315 de 2010 en Cámara de Representantes, refiriéndose a los recursos en la vía gubernativa, se afirmó que el Código tiene la filosofía de que se tramiten de manera efectiva los recursos ante la administración con el fin de que ésta tenga la oportunidad de corregir o enmendar su propio acto antes de que se acuda a los jueces. Con estas afirmaciones la Sala nota que el legislador tiene una clara intención de darle una verdadera relevancia a la relación entre la administración y el administrado y en garantizar que en estas actuaciones se observe una interacción en la que prevalezca el debido proceso y la contradicción con todas sus garantías.»

En materia de recursos, es pertinente traer a colación un aparte del concepto CGR-OJ-0083-2017 contenido en el oficio 2017EE0047702 del 19 de abril de 2017 de la Oficina Jurídica de la CGR, en respuesta a consulta sobre el tema:

«Sea lo primero señalar, que "los recursos administrativos constituyen: por un lado, una posibilidad para los sujetos pasivos del acto administrativo de ejercer su derecho de contradicción cuestionando ante la administración el contenido de su decisión, con el objetivo de que ésta sea revocada, modificada o aclarada", y; de otro lado, posibilitar un espacio a la autoridad para que revise sus propias actuaciones, de tal manera que se impida un control judicial posterior. En este caso, la revisión de la que hablamos surge siempre por iniciativa de aquellos que fueron afectados con la decisión administrativa. Adicionalmente, el debate en sede administrativa constituye un requisito de procedibilidad para acudir al control judicial, de ahí que, el artículo 161.2 de la nueva codificación

¹ Nombre del Capítulo «Recursos»

disponga: "Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios».

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización esgrimida sobre el tema de recursos en vía gubernativa, se observa que en el marco del régimen del proceso de responsabilidad fiscal, se establece de manera clara, expresa y taxativa, cuando son procedente los recursos de reposición o de apelación y que decisiones son susceptibles de recurrir. De igual forma, la normatividad especial estableció los requisitos y la oportunidad para su interposición y ante que instancias son procedentes en razón a su competencia funcional y/o jerárquica, por tal razón, el legislador expresamente consignó su improcedencia frente a diversas decisiones como actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución,² caso en el cual es procedente el rechazo de este *-in límine*-³

En el caso hipotético puesto a consideración, si la primera instancia concedió un recurso administrativo, para ser resuelto en sede de apelación ante el inmediato superior, corresponderá a la segunda instancia, realizar el correspondiente análisis jurídico, y determinar si procede el rechazo según corresponda, conforme lo establecido en la normatividad previamente relacionada.

En lo concerniente a las acciones que tiene un sujeto procesal al que le otorgaron el recurso que no era procedente, como en todo caso, si siente vulnerados sus derechos podrá activar el medio de control que corresponda y si es el caso, presentar las denuncias disciplinarias o de cualquier naturaleza si observa la comisión de una conducta que pudiera dar lugar a responsabilidad del respectivo servidor público.

Por último, es preciso señalar que si bien la Auditoría General de la República y en particular la oficina jurídica está atenta a las solicitudes de la ciudadanía y de los funcionarios públicos en general, debe tenerse en consideración el fondo y contenido sobre lo que se consulta teniendo en cuenta que no todos los asuntos propios de la administración deben ser consultados previamente con la Auditoría General de la República, razón por la cual se invita a que previamente a efectuar una consulta se examine la normativa, doctrina y jurisprudencia existente sobre el tema correspondiente de tal manera que de manera directa se pueda establecer un criterio sobre el mismo.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. 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

² Ley 1437 de 2011 CPACA. Art. 75º Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

³ Loc. lat., cuyo significado es: "desde el umbral". Se emplea para expresar el rechazo de una demanda, o recurso, cuando ni siquiera se admite discusión, por no ajustarse a Derecho.

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)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

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: avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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 **2b60ab91**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,

PABLO ANDRES OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		22-02-2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		22-02-2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		22-02-2023

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.