

Adpostal



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R. **215-3-8283**, 05/03/2002 04:35 p.m.
Trámite: 435 - CONCEPTO
F7157 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 17, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 215 GERENCIA SECCIONAL III (CALI)
Copia A: VARIAS DEPENDENCIAS

123

MEMORANDO INTERNO

Bogotá, D.C. 05 MAR 2002
110

NO 009 2002

PARA: Dra. MARTHA LUCÍA ZAMBRANO
Gerente Seccional III (E)

DE: JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: N.U.R. 215-38283
N.U.R. GERENCIA SECCIONAL 215-3-831

Solicitud de Concepto - Deber de comunicar la iniciación y objeto del proceso sancionatorio fiscal - análisis de la constitucionalidad y legalidad de la figura

Apreciada Doctora,

Procede este Despacho a absolver las inquietudes planteadas en su oficio de fecha 31 de enero de los corrientes y luego de recibir los comentarios y reflexiones efectuadas por el Director de Responsabilidad Fiscal, doctor Norberto Salas, de acuerdo con las consideraciones que se exponen a continuación:

I.- LA CONSULTA.-

En el escrito aludido, se afirma que la Resolución Orgánica No. 026 de 31 de julio de 2001 "[p]or la cual se determinan los procedimientos al interior de la Auditoría General de la República para adelantar las indagaciones preliminares y los procesos de Responsabilidad Fiscal, Administrativo Sancionatorio, Jurisdicción Coactiva y se dictan otras disposiciones", expedida por el señor Auditor, presenta "[. . .] algunos vacíos referentes a las notificaciones, en cuanto a que éstas deben ser comunicadas y no notificadas [. . .]".

concepto 110.009.2002

De igual forma se indica en el escrito que, en memoriales recibidos por ese Despacho, algunos sujetos de sanción han cuestionado que el auto de apertura del proceso sancionatorio fiscal sea comunicado y no notificado en forma personal, toda vez que esa especie de notificación no les ofrece garantías, los priva del derecho de defensa y afecta el procedimiento adelantado por incurrirse en desconocimiento de los principios reconocidos en la Constitución Política y en la Ley.

Con el objeto de contribuir con el análisis solicitado, en el oficio se transcriben las normas que regulan la forma en que se deben realizar las notificaciones de los actos administrativos a la luz del Código Contencioso Administrativo y la mencionada Resolución 026 de 2001 (comunicaciones y notificaciones personales o por edicto) y se comparan con los eventos en que procede la notificación personal en materia procesal civil en donde, por regla general, se exige que la primera decisión adoptada dentro del proceso debe darse a conocer a los interesados en forma personal, para concluir que, las normas del C.C.A. son lacónicas al definir los actos administrativos que deben ser notificados en forma personal, pues excluye de dichos supuestos a los actos de trámite por medio de los cuales se da inicio a los procesos que se adelanten de oficio en las entidades públicas.

Así mismo, se confronta la regulación de las notificaciones dentro del proceso de responsabilidad fiscal contenida en la Ley 610 de 2000, con la normatividad actualmente aplicable al proceso sancionatorio fiscal, resaltando que en el primero la ley obliga a notificar, en forma personal, el auto de trámite que ordene la apertura del proceso y, en el segundo, tan sólo se exige la comunicación; en este sentido, concluye el oficio expresando: ". . . [e]n qué radica la diferencia entre el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso administrativo sancionatorio, pues el uno es resarcitorio y el otro aplica multas y sanciones, sin embargo ambos son de carácter administrativo y ambos son procesos."

2.- FUNDAMENTOS.-

Teniendo en cuenta que en el asunto planteado se involucran elementos que deben ser analizados a la luz de los principios del debido proceso, de publicidad de las actuaciones de las autoridades públicas y del derecho de defensa y de contradicción, se estima necesario efectuar las siguientes precisiones conceptuales:

2.1. Con el advenimiento de las democracias liberales y el surgimiento del Estado de Derecho, se ha reconocido que todo hombre, por su condición de tal, tiene derecho a que las autoridades tengan claramente delimitadas sus competencias de tal suerte que únicamente puedan realizar aquello que les ha reconocido en forma expresa. Por ello, si bien ese garantismo ha tenido paréntesis apreciables (las dictaduras fascistas, el régimen nazi o, en nuestra América, los regímenes totalitarios del cono sur, para tomar sólo algunos ejemplos ilustrativos más no los únicos), y hoy en día se cierne una seria amenaza sobre tales garantías en las democracias que se autoproclaman como liberales, básicamente signada por la razón de Estado y el esquema de seguridad que hace recordar las tesis de la escuela positivista, el actual ordenamiento se nutre de ese manantial garantista así como de la nueva visión del ser humano producto del iluminismo. Como corolario de lo anterior, en materia penal, sancionatoria o correccional, se exige que las actuaciones de las autoridades sean públicas y motivadas y que en el evento de que una decisión pueda generar consecuencias gravosas para los ciudadanos, se respeten unas garantías mínimas, las cuales se pueden resumir así:

- a. Toda conducta reprochable así como la sanción que proceda imponer en caso de que se incurra en ella, deben estar previamente definidas en la Ley, por tanto, las autoridades públicas sólo pueden sancionar los comportamientos realizados por los ciudadanos en los eventos establecidos por el legislador y que en el derecho penal se traduce en el principio de tipicidad complemento del aforismo "nullum crimen nulla pena sine lege".
- b. Toda persona es inocente hasta que se le demuestre lo contrario. Adicionalmente, la responsabilidad sólo puede ser atribuida en los eventos en que la persona actúe con dolo o culpa, debidamente demostradas. Se encuentra proscrita toda suerte de responsabilidad objetiva en estas materias.
- c. Siempre que se constate la realización de un comportamiento prohibido, la persona que se repunte responsable tiene derecho a que se le adelante un proceso en el cual se le conceda la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, allegar o solicitar las pruebas que estime necesarias y, controvertir las

decisiones que adopten las autoridades. Tratándose de actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas, éste derecho se complementa con la posibilidad de acudir ante las autoridades judiciales con el objeto de que se revise la actuación adelantada por quien realiza funciones administrativas

- d. Las decisiones deben adoptarse con fundamento en las pruebas que hayan sido allegadas. Así mismo, deben haberse demostrado los elementos que generan la responsabilidad en los diferentes escenarios.
- e. Lo anterior obliga a las autoridades a motivar sus decisiones y a hacerlas públicas, en la forma y términos establecidos en la Ley.
- f. Finalmente, la ley debe establecer el procedimiento para la imposición de sanciones; corresponde a las autoridades observarlo y respetar todas las garantías reconocidas a favor de los investigados.

Todos estos supuestos constituyen facetas de lo que se ha dado en denominar como el principio del debido proceso que, en nuestra Constitución Política, se encuentra consagrado en los siguientes términos:

Artículo 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su

contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Sobre el contenido de este principio, ha afirmado la Corte Constitucional:

[. . .] El debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial.

[. . .] Por supuesto, el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria.

Así lo tiene dicho esta Corte:

'Para la Corte Constitucional es ilusorio el concepto del Estado de Derecho y vana la idea de justicia si el ordenamiento jurídico -no solamente por cuanto atañe al plano normativo Fundamental sino en la esfera legal y en las escalas inferiores de la normatividad- carece de una mínima certidumbre, resguardada por mecanismos idóneos y efectivos, acerca de que nadie será objeto de sanción sin oportunidades de defensa.

De allí resulta que el control de constitucionalidad en sus diversas expresiones (...) es instrumento privilegiado que opera por la voluntad del propio Constituyente y según el

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-140 de 29 de marzo de 1995. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

ámbito de competencias por él trazado, en procura de la intangibilidad de esos principios. Si ello es así, el ejercicio concreto de tal función, en especial cuando se trata de garantías como la del debido proceso, debe ser estricto y exigente.

En cumplimiento de las finalidades que le han sido asignadas -entre las cuales se encuentran, según nuestra Constitución, la de realizar un orden político, económico y social justo, la de asegurar a los integrantes de la comunidad una pacífica convivencia y la de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades- el Estado goza del llamado "ius puniendi", en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a los miembros de la sociedad que infringen sus preceptos. Ejerce, pues, una potestad sancionatoria cuyos efectos están llamados a cumplir una función de interés colectivo.

El poder estatal en esa materia, cuya realización apareja consecuencias que en concreto afectan derechos de las personas -como la libertad, el trabajo, la honra y el buen nombre-, es legítimo únicamente en la medida en que se ajuste a los límites y condiciones impuestos a la autoridad que lo ejerce por la Constitución y por la ley. Correlativamente, en la misma medida, las restricciones sufridas en el campo de sus derechos por los sujetos pasivos de esa acción resultan ser justificadas.

El artículo 29 de la Carta, por expresa voluntad del Constituyente plasmada en su mismo texto, es de obligatoria e ineludible observancia en toda clase de actuaciones tanto judiciales como administrativas, de tal modo que, ante la meridiana claridad del precepto, ninguna autoridad dentro del Estado está en capacidad de imponer sanciones o castigos ni de adoptar decisiones de carácter particular encaminadas a afectar en concreto a una o varias personas en su libertad o en sus actividades, si previamente no ha sido adelantado un proceso en cuyo desarrollo se haya brindado a los sujetos pasivos de la determinación la plenitud de las garantías que el enunciado artículo incorpora.

El Estado no puede condenar a un individuo sino sobre la base de haberlo oído y vencido en juicio, esto es, la decisión de la autoridad que impone sanción al inculpado como consecuencia de su conducta únicamente puede estar fundamentada en que se haya discernido y declarado que es culpable, desvirtuando la presunción de inocencia dentro de

un esquema procesal ajustado a las normas que aseguran sus posibilidades de defensa y contradicción.

Tal como lo dispone el artículo 29 de la Carta, quien sea sindicado de haber incurrido en infracción de la ley tiene derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes a la acción u omisión que se le imputa; a que el correspondiente juicio o actuación se adelante ante juez, tribunal o funcionario competente, con plena observancia de todas las formas contempladas en la ley para ese proceso o actuación; a que se le aplique de preferencia la norma favorable si se trata de un asunto penal; a su defensa; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la decisión que lo condena y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho². (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-007 del 18 de enero de 1993).

Pero, para que todo ello pueda realizarse, es necesario que el imputado conozca que se adelanta un proceso en su contra, sepa los motivos de su vinculación al mismo y establezca cuáles son las pruebas que al respecto han sido aportadas, así como los mecanismos idóneos previstos en la ley para su protección, pues adelantar el proceso sin conocimiento o audiencia del procesado desconoce su dignidad y hace inútil la presunción de inocencia [. . .]²

De acuerdo con esta interpretación, para establecer si en una actuación penal, civil, administrativa o de cualquier otra naturaleza se ha respetado el principio del debido proceso, es necesario confrontar la forma en que se ha desarrollado el proceso con las reglas procesales establecidas por el legislador para hacer efectiva la garantía de los derechos constitucionales reconocidos a toda persona sometida a una investigación. Esas reglas están contenidas en los Códigos penal y procesal penal, civil y procesal civil, contencioso administrativo, etc., y se han establecido atendiendo a la naturaleza de la materia y de los bienes jurídicos tutelados, que en todo caso no pueden desconocer los principios de legalidad, publicidad y contradicción, exigibles en el ejercicio de las funciones punitivas reconocidas a las autoridades estatales. Por ello, ha indicado la Corte Constitucional:

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-960 de 1^o de diciembre de 1999. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

[. . .] El artículo 29 de la Constitución establece que el debido proceso ha de aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas. Significa lo anterior, como lo ha establecido esta Corporación en reiterados fallos, que cuando el Estado en ejercicio del poder punitivo que le es propio y como desarrollo de su poder de policía, establece e impone sanciones a los administrados por el desconocimiento de las regulaciones que ha expedido para reglar determinadas materias, y como una forma de conservar el orden y adecuado funcionamiento del aparato, ha de ser cuidadoso de no desconocer los principios que rigen el debido proceso, entre ellos, los principios de legalidad, tipicidad y contradicción. Sin que sea dable asimilar el radio de acción de éstos en el campo penal y en el campo administrativo, porque la aplicación irrestricta de éstos, puede desconocer la finalidad misma de la infracción administrativa (sentencias T-145 de 1993, C-214 de 1994; C-597 de 1996 y C-690 de 1996; C-160 de 1998, entre otras).

"La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido."
(Sentencia T-145 de 1993)

En otra providencia se precisó:

"... los principios que inspiran el debido proceso, tienen aplicación en el campo de las infracciones administrativas, incluidas las tributarias, aplicación que debe conciliar los intereses generales del Estado y los individuales del administrado. Por tanto, estos principios deben ser analizados en cada caso, a efectos de darles el alcance correspondiente."
(sentencia C-160 de 1998)

Así, teniendo en cuenta que la infracción administrativa se fundamenta en la protección de intereses generales, en donde se busca mantener la adecuada gestión de los distintos órganos del Estado, a efectos de lograr el cumplimiento cabal de las funciones que le han sido encomendadas, ha de entenderse que el desconocimiento de las normas expedidas en procura de lograr estos fines, y que más que regular prohibiciones, señalan requisitos, obligaciones y deberes para el adecuado funcionamiento del sistema, vienen a convertirse en las

prescripciones que, en caso de inobservancia, pueden ser objeto de sanción.³

2.2.-La sanción fiscal ha sido reconocida como el instrumento más adecuado con el cual cuentan los organismos de control fiscal para remover los obstáculos que se puedan presentar en el adecuado ejercicio de la función pública que le ha sido encomendada. Ello explica que la Corte Constitucional haya declarado exequibles⁴ los artículos 99, 100 y 101 de la Ley 42 de 1993, que definen los comportamientos fiscalmente sancionables, así como las sanciones susceptibles de ser impuestas por las contralorías y la Auditoría General de la República (amonestación y multa).

De este modo, en palabras de esa Alta Corporación, se ha aceptado que la multa fiscal busca facilitar el ejercicio de la vigilancia fiscal, pues pretende constreñir e impulsar el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permiten el adecuado, transparente y eficiente control fiscal; permite reconocer su carácter coercitivo, pues su finalidad principal se dirige a vencer los obstáculos que se interponen para el éxito y adecuado desarrollo del control fiscal. Lo mismo opina la Corte en relación con la amonestación que, a pesar de que no está concebida para lograr la recuperación de los valores en que se ha visto afectado el patrimonio público, si tiene una finalidad conminatoria que se fundamenta en el poder correccional del Estado. Lo anterior condujo a la Corte a reconocer que la multa y la amonestación son sanciones correccionales que pueden imponerse por los organismos de control fiscal⁵.

Ahora bien, debido a que la Ley 42 de 1993 “[s]obre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 de 17 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-054 de 6 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; C-484 de 4 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero y, C-661 de 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-484 de 4 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

14

ejercen", no establece un procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones fiscales contempladas en los artículos 99 y siguientes, en esta materia procede dar aplicación a la disposición del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo que establece en lo pertinente:

[L]os procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.⁶

De lo anterior se concluye que en virtud a que el legislador no ha establecido un procedimiento especial para la imposición de las sanciones fiscales, procede aplicar, en lo que sea compatible con la materia, las normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que regula lo alinente a los procedimientos administrativos, principio que ha sido reconocido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[. . .] En el régimen constitucional colombiano, las actuaciones administrativas deben cumplirse con estricta sujeción a las normas legales vigentes, no sólo porque éste es un Estado de derecho, sino por la consagración del debido proceso administrativo como parte del derecho fundamental establecido en el artículo 29 de la Carta Política; en consecuencia, las normas de la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo deben ser acatadas en todos los procedimientos administrativos, no regulados por leyes especiales, que adelanten las autoridades.⁷

Consultado el libro primero del Código Contencioso Administrativo se advierte que las normas aplicables al asunto sometido a la consideración de este Despacho son los artículos 3º (principios orientadores de las actuaciones administrativas), 14 (citación de terceros), 15 (publicidad) y 28 (de las actuaciones iniciadas de

⁶ En sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, se ha reconocido que no sólo las actuaciones inherentes a la organización administrativa de los organismos de control fiscal tienen naturaleza administrativa, pues el legislador no les ha dado naturaleza especial, dichas entidades no son autárquicas, se encuentran sometidas al control judicial y en especial al principio de legalidad que rige para toda actuación del Estado.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-706 de 24 de noviembre de 1998. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz.

15

oficio, deber de comunicar), que en su orden de aplicación y en lo pertinente establecen:

Artículo 3º.- Principios Orientadores.- Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta primera parte.

[. . .] En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. . .

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; [. . .]

En virtud del principio de publicidad las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la Ley.

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. [. . .]

Artículo 28.- Deber de Comunicar.- Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.⁸

Artículo 14.- Citación de terceros.- Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse

⁸ Toda vez que el artículo 34 del C.C.A. regula lo atinente a las pruebas que pueden ser decretadas en desarrollo de la actuación administrativa y, el artículo 35 de esa misma codificación regula la forma en que deben ser adoptadas las decisiones, no se transcriben en este escrito, pues no inciden en el análisis que corresponde realizar a esta Oficina.

parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz.

En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente.

Artículo 15.- Publicidad.- Cuando de una misma petición aparezca que terceros no determinados puedan estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquella que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periodo de amplia circulación nacional o local, según el caso⁹.

Por regla general, la actuación sancionatoria fiscal, de naturaleza administrativa, se adelanta de oficio siempre que se advierta la realización de una conducta susceptible de ser sancionada a la luz de los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993; lo anterior implica que, ubicados dentro de los supuestos de las normas transcritas, la decisión de dar inicio al proceso sancionatorio y su objeto, deben ser comunicados por correo a la persona cuyo comportamiento sea cuestionado dentro de la investigación; comunicación que debe ser enviada a la última dirección del encartado conocida por la entidad¹⁰, a fin de que puedan intervenir dentro del proceso y ejercer sus derechos de defensa y contradicción. En este sentido, ha indicado la Corte Constitucional:

[. . .] El derecho de defensa está rodeado de una serie de garantías constitucionales entre las que se cuentan aquellas

⁹ Se recuerda que, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del C.C.A., las actuaciones de la administración se pueden iniciar por quienes ejercen el derecho de petición en interés general y en interés particular, por quienes obren en cumplimiento de una obligación o un deber legal y, por las autoridades oficiosamente; en todos estos eventos la vinculación de terceros (dentro de los cuales se encuentran comprendidos los servidores públicos y los particulares que manejen fondos o bienes públicos), se realiza observando el mismo procedimiento, esto es, dando aplicación al artículo 14 del C.C.A. que exige se envíe una citación por correo a la persona afectada a fin de que comparezca y pueda hacer efectivos sus derechos.

¹⁰ Bien por haber sido suministrada por la persona investigada en comunicaciones remitidas a la entidad, o por la entidad en la cual presta sus servicios o haciendo uso de cualquier medio hábil que permita establecerla.

encaminadas a asegurar a las partes su intervención en todo proceso al término del cual puedan eventualmente resultar afectados sus derechos o intereses. Las notificaciones, citaciones o emplazamientos, de conformidad con lo dispuesto por la ley, deben ser ejecutadas de manera que sirvan a su finalidad, que no es otra que la de permitir al destinatario de la queja, acción o demanda, poder disponer lo necesario para la defensa de sus derechos e intereses cuestionados¹¹.

Ello explica que, en la Resolución 026 de 31 de julio de 2001 "[p]or la cual se determinan los procedimientos al interior de la Auditoría General de la República para adelantar las indagaciones preliminares y los procesos de Responsabilidad Fiscal, Administrativos Sancionatorio, Jurisdicción Coactiva y se dictan otras disposiciones", se haya establecido:

Artículo 28.- **Comunicación de la actuación.**- Cuando de la acción u omisión de un servidor de las entidades sujetas a la vigilancia de la Auditoría General de la República o de un particular que maneje fondos o bienes de las entidades vigiladas, se infiera que se ha incurrido en una o varias de las conductas que dan lugar a la imposición de multa, el funcionario competente comunicará por escrito al afectado la existencia de la actuación y el objeto de la misma, se le solicitarán las explicaciones e informaciones y le indicará el derecho que le asiste a pedir pruebas o allegar las que considere pertinentes, señalando un término para el efecto¹².

2.3.- Es de resaltar que con el objeto de garantizar que la persona afectada con la investigación haya recibido la comunicación y pueda comparecer al proceso, es conveniente remitir el oficio por correo certificado o mediante un servicio postal de similares características, toda vez que este sistema permite constatar que la comunicación fue recibida en la dirección a la cual fue remitida y de ello se debe dejar constancia dentro del proceso, pues a partir del día siguiente a la fecha en que se haya producido la entrega de la comunicación podrá empezarse a contar el término concedido para

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-361 de 1° de septiembre de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² No obstante que el artículo 28 de la Resolución 026 de 2001 pareciera limitar la aplicación de este procedimiento a los eventos en que sea susceptible imponer la sanción de multa, igualmente resulta aplicable a los casos frente a los cuales proceda la imposición de la sanción de amonestación.

que el investigado rinda sus explicaciones, solicite la práctica de pruebas que pretenda hacer valer o para que allegue las estime necesarias. En este sentido, es conveniente tener en cuenta las precisiones formuladas por la Corte Constitucional en relación con los efectos que se pueden hacer derivar de las notificaciones realizadas por correo:

[. . .] 3. Un acto de la administración es público cuando ha sido conocido por quien tiene derecho a oponerse a él y restringir el derecho de defensa, sin justificación, resulta violatorio del artículo 29 de la Constitución Política

El conocimiento de los actos administrativos, por parte del directamente afectado, no es una formalidad que puede ser suplida de cualquier manera, sino un presupuesto de eficacia de la función pública administrativa -artículo 209 C.P.- y una condición para la existencia de la democracia participativa - Preámbulo, artículos 1º y 2º C.P.-.

De ahí que el Código Contencioso Administrativo regule, en forma prolija, el deber y la forma de publicación de las decisiones de la administración, deteniéndose en la notificación personal -artículo 44-, en el contenido de ésta- artículo 47-, en las consecuencias de su omisión, o irregularidad, -artículo 48- y en sus efectos -artículo 51-. Porque los actos de la administración solo le son oponibles al afectado, a partir de su real conocimiento, es decir, desde la diligencia de notificación personal o, en caso de no ser ésta posible, desde la realización del hecho que permite suponer que tal conocimiento se produjo, ya sea porque se empleó un medio de comunicación de aquellos que hacen llegar la noticia a su destinatario final -artículo 43 C.C.A.-, o en razón de que el administrado demostró su conocimiento -artículo 48 *ibidem*-.

Ahora bien, de la expresión "*y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo*", que hace parte del artículo 566 del Decreto 0624 de 1989 se deduce que la ley asume que el afectado conoce el contenido del acto, proferido por la Administración de Impuestos, por el solo hecho y desde el mismo momento de la introducción de su copia al correo.

Así las cosas, el Estatuto Tributario, en cuanto al momento en el cual se entiende surtida la notificación de un acto administrativo, establece una régimen específico restrictivo que se aparta de lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo, porque el artículo 51 de éste ordenamiento, señala que para que el acto se entienda conocido por el afectado, éste debe ser enterado, personalmente, de su contenido. Y, cuando la notificación personal no se puede

hacer, es posible fijar edicto, empero la notificación se entiende surtida solo cuando el trámite concluye, es decir a la desfijación del pregón -artículos 45 y 51 C.C.A.-

De otra parte, el Código en mención no regula el momento en que se supone el particular se enteró de una comunicación que le fue enviada por la administración, no obstante, cuando la misiva la remite el administrado, dispone que los términos para contestarla se cuentan a partir de su recibo-artículo 6 C.C.A.-

No sobra señalar que también el Código de Comercio dispone que la oferta pierde su carácter unilateral cuando la conoce el destinatario -artículo 846 C. de Co.-, que para entender que una oferta fue recibida, se debe sumar, según el medio de comunicación elegido, el término de la distancia -artículo 852 C. de Co.-, que lo enviado se conserva en el patrimonio del remitente, hasta que no se produzca su entrega real al destinatario -artículos 915 y 929 C. de Co.-. Y, la Ley 327 de 1999 dispone que la recepción de un mensaje de datos tiene lugar, no en el momento del envío por el iniciador, sino cuando ingrese en el sistema designado por el destinatario para su recepción -Artículo 24 literal a.-

Entonces la expresión en estudio deberá ser evaluada a fin de determinar si, con la simple introducción al correo, se da cumplimiento a la exigencia constitucional de que la función administrativa se desarrolle conforme al principio de publicidad -artículo 209- y si es dable tener como surtida la notificación del acto, por su simple remisión, teniendo en cuenta que este entendimiento determina el inicio del conteo de los términos para contradecirlo, derecho que le asiste, en todo caso, al afectado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 superior.

Ahora bien, para la Corte no se puede considerar que se cumplió con el principio de publicidad, que el artículo 209 superior exige, por la simple introducción al correo de la copia del acto administrativo que el administrado debe conocer, sino que, para darle cabal cumplimiento a la disposición constitucional, debe entenderse que se ha dado publicidad a un acto administrativo de contenido particular, cuando el afectado recibe, efectivamente, la comunicación que lo contiene. Lo anterior por cuanto los hechos no son ciertos porque la ley así lo diga, sino porque coinciden con la realidad y, las misivas que se envían por correo no llegan a su destino en forma simultánea a su remisión, aunque para ello se utilicen formas de correo extraordinarias.

[. .] En consecuencia, la expresión "*y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo.*", contenida en el artículo 566 del

Decreto 0624 de 1989, debe ser retirada del ordenamiento jurídico por cuanto resulta inconstitucional que los actos proferidos por la Administración de Impuestos, se entiendan conocidos, por el administrado, antes de que tal conocimiento fuere posible, por cuanto el principio de publicidad persigue que, efectivamente, y sin restricción alguna, los actos jurídicos que exteriorizan la función pública administrativa sean conocidos por los administrados y la simple introducción de la copia al correo no es un medio idóneo para darle cumplimiento a tal exigencia.¹³

Es por esta misma razón que no puede pretenderse una presunta violación al principio del debido proceso en función a que el tratamiento que recibe el investigado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal resulte mucho más benéfico para el encartado, que el que recibe al estar investigado dentro de un proceso sancionatorio fiscal, pues, en el primer caso existe normatividad especial aplicable que obliga a notificar en forma personal el Auto de Apertura del proceso a quien sea identificado como presunto responsable y en el segundo no, lo que obliga a los organismos de control fiscal a dar aplicación a las normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, que para estos efectos constituye la referencia obligada para el análisis de presuntas violaciones al debido proceso, pues como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional:

[. . .] el principio de publicidad admite diversas formas de realización que le corresponde definir y establecer al legislador, el cual para el efecto deberá tener en cuenta la naturaleza y específicas características del acto;¹⁴

Tal es el caso del Auto de Apertura de Investigación dentro del proceso sancionatorio fiscal que, por tratarse de la decisión por medio de la cual se da inicio a una actuación que debe adelantar el organismo de control fiscal de manera oficiosa, debe ser comunicada y no notificada en forma personal, al tenor de lo establecido en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-096 de 31(sic) de febrero de 2001. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646 de 31 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

3.- CONCLUSIÓN.-

Como se indicó en la primera parte de este escrito, la Corte Constitucional ha aceptado que en procesos sancionatorios administrativos, si la entidad respeta el procedimiento establecido en la ley para dar a conocer al afectado la existencia de un proceso en su contra, se entiende que el debido proceso se encuentra debidamente garantizado; ello permite inferir que en nuestro caso, no puede invocarse desconocimiento de disposición constitucional alguna por parte de los investigados en los procesos sancionatorios fiscales, toda vez que la Auditoría General de la República está dando aplicación al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, que le resulta aplicable por disposición expresa del inciso tercero del artículo primero de dicha codificación, al no estar expresamente regulado en la normatividad vigente aplicable en materia de control fiscal.

Para finalizar, sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,

Código Contencioso Administrativo
Juan Fernando Romero Tobón.

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

c.c. Auditor Delegado
Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Gerentes Seccionales

DPA