



ATENCION CIUDADANA
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cto N.U.R. 216-3-12208. 11/12/2002 11:31 a.m.
Trámite: 435 - CONCEPTO
H-11209 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 19, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 216 GERENCIA SECCIONAL IV (BUCA RAMANGA)
Cana: A-210 AL JUDICIA DELEGADA DADA LA LABORANCIA DE LA

Corra 19003

367

110.048.2002

Bogotá D.C., 11 de diciembre de 2002
OJ110

PARA: Dr. HORACIO CRISTANCHO TORRES
Gerente Seccional IV

DE: JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 216-3-12208 de 29 de octubre de 2002.

Solicitud de Concepto - Proceso de Responsabilidad Fiscal, vinculación de responsables; de la procedencia de dar aplicación a lo establecido en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 29 de octubre de los corrientes, se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto sobre la posibilidad de dar aplicación a lo establecido en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil en el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal, en el cual se ha proferido auto de imputación y antes de fallo definitivo, se halle prueba suficiente para vincular a un nuevo responsable, es viable dar aplicación a lo prescrito en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, como quiera que la Ley 610 de 2000, no regula hasta que momento procesal se puede vincular a otro implicado? -sic-

2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver la pregunta por usted formulada, me permito efectuar el siguiente análisis:

concepto 110.048.2002

19

2.1.- En nuestra Carta Política se ha confiado a los organismos de control fiscal ejercer vigilancia sobre el manejo dado a los recursos públicos, así como recuperar el valor en que se ha visto afectado el patrimonio público como consecuencia de una gestión fiscal irregular, realizada por los servidores públicos o por los particulares que manejen fondos o bienes públicos (artículos 267 y 268 numeral 5º).

Dos instrumentos son utilizados por los organismos de control fiscal con miras a la realización de este cometido: de una parte el proceso auditor, que permite analizar las cuentas rendidas por los responsables del erario y la observancia de los principios que rigen la gestión fiscal y, de otra, el proceso de responsabilidad fiscal, que se promueve en los eventos en que se advierte la ocurrencia de una pérdida, merma o deterioro que afecte el erario.

A pesar de que en nuestro país la responsabilidad fiscal no es una figura novedosa, con ocasión a la expedición de la Carta Política esta materia ha sido objeto de profundas transformaciones que obligan a las contralorías a dotar de mayores garantías a quienes sean vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal. Así lo ha entendido la Corte Constitucional que en reiteradas oportunidades ha precisado que:

[. . .] En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

6.4. En cuanto a los poderes o prerrogativas de la administración en el proceso de responsabilidad fiscal y el derecho fundamental al debido proceso, observa la Sala:

El art. 29 de la Constitución reconoce el derecho fundamental al debido proceso que "se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

Como reiteradamente lo ha expresado la Corte, el debido proceso constituye el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional o administrativa, cuando sea necesario definir situaciones controvertidas o declarar o aplicar el derecho en un caso concreto, o investigar y juzgar los hechos punibles. En efecto, dijo la Corte en uno de sus pronunciamientos:

"Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción.

"En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

"Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias"¹.

De la Constitución Política surgen unos principios que rigen el debido proceso, en el sentido que éste es participativo, dado que todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan, y es contradictorio y público, en cuanto a que a los imputados les asiste el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de

¹ Sentencia C-214/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

oficio durante la investigación y el juzgamiento, a solicitar la práctica de pruebas, a controvertir las que se alleguen en su contra, a oponer la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso, y a impugnar las decisiones que los perjudican (arts. 1, 2 y 29)².

De la transcripción hecha se desprende que los organismos de control fiscal deben tramitar los procesos de responsabilidad fiscal con plena observancia de las reglas establecidas por el legislador, propendiendo por la efectiva realización de los derechos de quienes son vinculados a la actuación.

- 2.2.- El legislador ha asumido, en dos oportunidades, la tarea de definir el procedimiento al cual se deben ajustar los organismos de control fiscal para la definición de la responsabilidad fiscal. Inicialmente se ocupó del tema en la Ley 42 de 1993 artículos 72 a 89, y, luego, en la Ley 610 de 2000.

En esta última reglamentación ha establecido, con fundamento en las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa y patrimonial, tiene una finalidad eminentemente resarcitoria, se rige por las normas especiales establecidas en la Ley 610 de 2000 y, sólo en caso de presentarse vacío, admite la aplicación en su orden, de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal³. Si bien su propósito y teleología es el del resarcimiento, en lo cual estaríamos abordando el plano civil, la estructura procesal es propia de los derechos sancionatorios. En efecto, se prevé una fase de indagación, se abre proceso, se acusa (imputa, formula cargos) y se falla. En todo caso, el investigado tiene el derecho a rendir explicaciones en una diligencia como la versión

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 de 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias C-540 de 23 de octubre de 1997, C-557 de 31 de mayo, C-619 de 14 de junio de 2001 y C-619 de 8 de agosto de 2002.

³ En efecto, establece el artículo 66 de la Ley 610 de 2000: "*Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.*"

libre y espontánea. Esto es lo que ha llevado a plantear que existe una fisura conceptual en el proceso de responsabilidad fiscal que genera dificultades hermenéuticas profundas⁴.

A pesar de que en la ley se establece que el proceso de responsabilidad fiscal es administrativo y tiene finalidad resarcitoria, toda vez que la responsabilidad que se define en esta clase de actuaciones es de carácter subjetivo y puede tener incidencia en los derechos fundamentales de los presuntos responsables, así como en su patrimonio, quienes resulten vinculados gozan de unas garantías mínimas como son: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En la Ley 610 el legislador ha establecido de qué manera se hacen efectivos los derechos reconocidos a los presuntos responsables; de allí que quien ostente tal calidad se encuentre facultado para solicitar la práctica de pruebas, ser escuchado en versión libre y espontánea antes de que se profiera auto de imputación con responsabilidad fiscal, estar asistido por un abogado, recusar a la autoridad que adelante la actuación, interponer recursos en contra de las decisiones adoptadas dentro del proceso, proponer las nulidades que afecten las diligencias, etc. Del mismo modo, quien tramita la investigación está en el deber de adelantar un solo proceso por cada hecho constitutivo de detrimento, independientemente del número de implicados, motivar y hacer públicas sus decisiones, escuchar en versión libre y espontánea a los presuntos responsables antes de que se profiera auto de imputación con responsabilidad fiscal, practicar las pruebas que permitan adquirir certeza dentro del proceso, tanto en relación con la ocurrencia del daño, como de la responsabilidad de quienes estuvieren vinculados, manifestar las causales de impedimento en que se encuentre, declarar oficiosamente la ocurrencia de los fenómenos de caducidad o prescripción que puedan afectar la actuación, entre otros.

Ahora bien, a la luz de lo previsto en la Ley 610 de 2000, sólo quien tiene calidad de investigado puede actuar dentro del proceso. Tal condición se adquiere cuando la persona implicada es escuchada en versión libre y espontánea, bien porque ella lo solicita o bien porque la diligencia es

⁴ Concepto de la Oficina Jurídica de 4 de diciembre de 2002.

ordenada de manera oficiosa. No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que dentro del proceso de responsabilidad fiscal no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado o no ha estado representado. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 610 que es del siguiente tenor literal:

[. . .] **Artículo 42. Garantía de defensa del implicado.** Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado. -Subrayado por fuera del texto original-

De donde es claro que, en materia de responsabilidad fiscal, el auto de imputación marcaría el momento procesal a partir del cual ya no sería posible vincular a nuevos presuntos responsables.

2.3.- Partiendo de la consideración que es posible que, con posterioridad a que se profiera auto de imputación con responsabilidad fiscal, aparezcan nuevos presuntos responsables, se ha preguntado a esta Oficina si se podría aplicar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil para vincularlos al proceso después de que se surta la mencionada actuación. Lo anterior teniendo en cuenta que sobre este particular no existe regulación expresa en la Ley 610 de 2000.

El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil regula la figura del litisconsorcio necesario y la forma en que deben ser vinculados al proceso aquellos litisconsortes que no fueron identificados en la demanda, ni en el respectivo auto admisorio.

Es de recordarse que el litisconsorcio es un instituto procesal que permite identificar la situación y relación procesal surgida de la pluralidad de personas que por efecto de una actuación, generalmente de naturaleza judicial, son actoras o demandadas en la misma causa, con la consecuencia

de la solidaridad de intereses y la colaboración en la defensa⁵. Sobre este instituto, ha indicado la doctrina nacional:

[. . .] Se analizó anteriormente que únicamente pueden existir dentro del proceso dos partes, la demandante y la demandada, pero acontece que ellas pueden estar integradas por un número plural de sujetos de derecho. Cuando tal característica se presenta surge el fenómeno procesal conocido universalmente como litisconsorcio, el cual se denomina activo, pasivo o mixto, según la diversidad de sujetos de derecho que se presente en la posición de demandantes, demandados o en ambas.

Ahora bien, cuando esos varios sujetos de derecho deben obligatoriamente, so pena de invalidez de la actuación surtida a partir del fallo de primera instancia, estar vinculados al proceso la figura se denomina litisconsorcio necesario; si esa pluralidad se da por razones de economía procesal y comparecen varios en cualquiera de las dos posiciones mencionadas, encontramos el litisconsorcio facultativo y, cuando la diversidad de sujetos obedece a que, no obstante no es obligatoria la vinculación de algunos de ellos al proceso, la sentencia les es igualmente oponible y por eso se pueden hacer presentes dentro del mismo, se estructura el denominado litisconsorcio cuasi necesario.⁶

En este sentido, se ha precisado que el litisconsorcio es necesario cuando la naturaleza de las relaciones jurídicas objeto de análisis dentro del proceso deben definirse en una sola decisión con la comparecencia obligada de un número plural de personas, so pena de afectarse de nulidad la actuación en caso de no producirse la respectiva vinculación; es facultativo o voluntario, cuando no es requisito necesario la debida integración del contradictorio por tratarse de relaciones jurídicas diferentes o independientes, pero que por razones de conveniencia o de economía procesal es mejor definir las en un solo proceso; y es cuasinecesario cuando, en atención a la naturaleza del derecho sustancial que es objeto de análisis, la decisión que se adopta vincula a determinados sujetos así no hayan comparecido al proceso, sin que su falta de vinculación genere la nulidad de la actuación⁷.

⁵ DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Guillermo Cabanellas de Torres. Editorial Heliasta S.R.L.

⁶ INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO. Parte General, Tomo I. Hernán Fabio López Blanco. Editorial Dupré Editores. 1997.

⁷ Esta posición se adopta con fundamento en lo establecido en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que es del siguiente tenor literal: "*Causales de nulidad.*- El proceso es nulo en

De lo anterior se desprende que sólo en los eventos en que se configure un litisconsorcio que pueda ser calificado como "necesario", es obligatorio vincular al proceso a todas las personas que deban ser comprendidas por la decisión que se adopte, pues, de lo contrario, la actuación queda afectada de nulidad⁸, lo que no ocurre en los casos en que se configura litisconsorcio facultativo o litisconsorcio cuasinecesario. Sobre el litisconsorcio necesario, ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

... [l]a característica esencial del litisconsorcio necesario es el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico-procesal por ser única la relación material que en ella se controvierte; unicidad ésta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes corresponde una relación de pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada una vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les dé decisión diferente.⁹

todo o en parte, solamente en los siguientes casos: [. . .] 9^o.- Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquier a de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley." Esta misma tesis se plantea en la obra INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO, ya citada.

⁸ Para el doctrinante Hernando Devis Echandía, la falta de integración del litisconsorcio necesario no da lugar a la declaratoria de nulidad de la actuación, sino a que se adopten sentencias inhibitorias. En este sentido ha indicado: "Faltará el contradictor necesario en dos hipótesis: cuando quienes concurren no son los sujetos a quienes corresponda en ese caso formular o contradecir las pretensiones que aparecen en la demanda; y cuando aquéllos que debían ser partes, en la posición de demandante o demandado, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso, es decir, cuando la parte demandante o demandada o ambas deben estar formadas por varias personas y en el proceso no están presentes todas ellas. Para nosotros, la debida formación del necesario contradictorio es un problema de legitimación en la causa: cuando no está debidamente integrado, habrá una legitimación en la causa incompleta que impedirá sentencia de fondo; para evitar este pecado contra la economía procesal, es decir, la pérdida de tiempo, dinero y trabajo de tramitar un proceso inútil, el juez debe citar oficiosamente a las personas que faltan para integrarlo, durante la primera instancia (C.P.C., Arts. 83, 401 y 412). Lo anterior significa que la falta de integración adecuada del litisconsorcio necesario, nunca es causal de nulidad del proceso, sino motivo de sentencia inhibitoria." Cita tomada del libro Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del proceso. Tomo I. páginas 335 y 336.

Ahora bien, establece el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil:

Artículo 83.- Modificado. Decreto 2282 de 1989 artículo 1º numeral 35.- Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso. (Se resalta)

De conformidad con lo establecido en la norma transcrita, existe litisconsorcio necesario cuando por disposición expresa del legislador o por la naturaleza de la relación, la decisión que se adopte dentro de un proceso debe comprender a todas las personas o sujetos que han intervenido en un acto jurídico; en estos eventos, se requiere que los sujetos sobre los cuales debe recaer la decisión se encuentren vinculados al proceso, bien sea porque fueron plenamente identificados en la demanda, en el auto admisorio de la demanda o en cualquier etapa del proceso antes de que se profiera fallo de primera instancia. En el caso en que se presenta un litisconsorcio necesario, basta que a las personas que lo integran se les dé traslado de la demanda mediante una citación, quedando a su discreción presentar escrito de

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 14 de junio de 1971, t. CXXVIII, página 389. Héctor Roa Gómez. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Bogotá. Editorial ABC.

intervención y solicitar la práctica de pruebas, sin que su no comparecencia pueda invalidar la actuación.

- 2.4.- Esta figura, aplicada al proceso de responsabilidad fiscal, produce una serie de afinidades valiosas que, en principio darían cuenta de su compatibilidad. En primer lugar, la Ley 610 parecería estar consagrando un litisconsorcio necesario (unidad procesal); de otra parte, el proceso de responsabilidad fiscal es resarcitorio, característica propia del proceso civil; finalmente, esta solución consulta la vinculación de todos los procesados sin crear entre ellos eventuales favorecimientos procesales. En efecto, quienes ya están vinculados a un proceso fiscal y en el caso en que el fallo sea adverso, soportarían sus consecuencias mientras uno (o varios) de los investigados estarían por fuera de los alcances de esta determinación. El garantismo, propio de la Ley 610, instaría a un fallo con la plenitud de los responsables.

No obstante, esta posición encuentra los siguientes reparos:

- A pesar de que el artículo 66 de la Ley 610 faculta para superar los vacíos que se presenten en esa normatividad dando aplicación a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en su orden, tal remisión procede siempre que las disposiciones contenidas en estos códigos resulten compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. La compatibilidad es un ejercicio complejo pues requiere revisar en detalle la estructura del mismo, sus propósitos y alcances. Esta tarea involucra la no creación de fisuras o rupturas con dicho régimen de tal forma que, como en mecánica, la pieza procesal utilizada soporte el restante andamiaje normativo y fluya con él. La dificultad hermenéutica es grande, a pesar de que el legislador quiso elaborar un régimen integral.
- En el proceso de responsabilidad fiscal rige el principio de unidad procesal de acuerdo con el cual, por cada detrimento ocasionado al patrimonio público se debe adelantar una sola actuación procesal, independientemente del número de implicados. En desarrollo de este postulado, la Ley 610 admite la posibilidad de acumular varias actuaciones cuando en ellas se investigue el mismo hecho generador de responsabilidad fiscal, así como en los eventos en que se deban investigar hechos conexos. Sin embargo, tal y como se señala en su

consulta, la Ley 610 de 2000 no establece el procedimiento que se debe observar para vincular a presuntos responsables después de que se ha proferido auto de imputación con responsabilidad fiscal, por lo que es necesario indagar, en su orden, en el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, de qué manera se encuentra regulado este evento y si las normas establecidas resultan compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

- En materia administrativa el principio de unidad procesal no se encuentra expresamente previsto; sin embargo, en el libro primero del Código se prevé la forma en que deben ser vinculados los terceros determinados e indeterminados que pueden verse afectados con la decisión. En este sentido disponen los artículos 14, 28, 34 y 35 del CCA que en los eventos en que una actuación se adelanta de manera oficiosa, las personas que puedan ser afectadas en forma directa por la decisión deben ser citadas para que se hagan parte y puedan hacer efectivos sus derechos; dicha citación debe hacerse por correo a la dirección que se conozca si no existe otro medio más eficaz y en el acto de citación debe indicarse claramente el objeto de la actuación. Es de recordarse que por disposición expresa del artículo 1º del CCA, las normas de la primera parte del Código se aplican siempre que no exista normatividad especial que regule la forma en que se debe realizar la actuación y, en nuestro caso, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal; sin embargo, es de resaltarse que la forma de vinculación de quienes pueden resultar afectados con la decisión establecida en el CCA no resulta compatible con la regulación especial contenida en la Ley 610 de 2000. Ya se ha visto que la ley exige la versión libre y espontánea.

- En materia procesal civil el principio de unidad procesal es exceptivo. En esta disciplina, salvo que se presente un evento en que la decisión deba comprender a un número plural de personas (litisconsorcio) o se den los supuestos que permiten acudir a la acumulación de procesos, se parte del supuesto de que por cada pretensión es necesario adelantar un proceso. De ello se deduce que la figura de la "unidad procesal" en materia procesal civil es la excepción y sólo se admite en los casos en que la falta de vinculación de alguno de los posibles

afectados pueda generar la nulidad de la actuación o conducir a un fallo inhibitorio o en que el principio de economía procesal lo aconsejen. Es por esta razón que en materia procesal civil se otorgan instrumentos al juez para que antes de que se profiera fallo de primera instancia se cite a todos los que deben estar comprendidos en una misma decisión o se proceda a decretar la acumulación de procesos previa la comprobación de los requisitos establecidos por el CPC.

En tratándose de personas respecto de las cuales debe producirse la decisión, el artículo 83 del CPC establece que es posible su vinculación antes de que se profiera fallo de primera instancia; dicha vinculación se realiza por auto del juez en que el que se produce la citación y que es notificado en forma personal a los afectados con la actuación, respecto de los cuales se concede el término de traslado correspondiente para que presenten sus intervenciones y soliciten la práctica de pruebas. Se reitera, sólo en el caso en que la notificación del auto no se realice en debida forma se produce la nulidad de la actuación y, en los eventos en que el litisconsorcio no se encuentre debidamente integrado el fallo será inhibitorio.

No obstante, en materia de responsabilidad fiscal la falta de comprensión de todos los presuntos responsables en el fallo de responsabilidad fiscal no se encuentra contemplada como una causal de anulación del acto. Las causales de nulidad aplicables en esta materia son las mismas que se pueden aplicar a cualquier acto administrativo y dentro de ninguna de ellas encaja la falta de vinculación de todos los presuntos responsables al proceso¹⁰.

¹⁰ En este aspecto se estima necesario recordar que constituye un principio general de derecho aplicable en materia de responsabilidad, que todo perjuicio procedente del delito o de la culpa que ha sido cometido por dos o más personas genera solidaridad para cada una de ellas. En efecto, establece el artículo 2341 del Código Civil: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso." El artículo 2350 se refiere a la responsabilidad de los dueños de edificios que ocasionen su ruina y el artículo 2352 a la responsabilidad que se predica de una persona por las personas que de ella dependen. Tratándose de la responsabilidad solidaria, la figura aplicable en materia procesal no es la del litisconsorcio necesario sino la del litisconsorcio cuasinecesario, como lo ha reconocido la doctrina. Sobre este particular se puede consultar la obra de INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO, citada en reiteradas oportunidades dentro de este concepto, en especial, lo afirmado en las páginas 289 y 290.

Adicionalmente, en materia de responsabilidad fiscal tampoco se encuentra previsto que sea procedente proferir fallo inhibitorio cuando la pluralidad de presuntos responsables no se encuentre vinculada al respectivo proceso y, finalmente, la previsión contenida en el artículo 83 del CPC sobre la forma de vinculación de los litisconsortes necesarios no sería compatible con la vinculación de los presuntos responsables al proceso de responsabilidad fiscal.

- En materia procesal penal, la Ley 600 de 2000 adopta la figura de la unidad procesal, lo cual implica que, por cada conducta punible, se debe adelantar un solo proceso, cualquiera sea el número de autores o partícipes (artículo 89 del CPP); sin embargo, esta normatividad admite que la unidad procesal se rompa, entre otros, en los siguientes eventos:

Artículo 92.- Ruptura de la unidad procesal.- Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

[. . .] 2.- Cuando la resolución de la investigación sea parcial o la resolución de acusación no comprenda todas las conductas punibles o a todos los autores o partícipes.

[. . .] 6.- Cuando en la etapa de juzgamiento sobrevengan pruebas que determinen la posible existencia de otra conducta punible o la vinculación de una persona en calidad de autor o partícipe.

Parágrafo.- Si la ruptura de la unidad no genera cambio de competencia el funcionario que la ordenó continuará conociendo de las actuaciones.

Del texto de la norma transcrita se desprende que es posible que se tramite más de un proceso penal con ocasión a la ocurrencia de una conducta punible cuando la resolución de acusación es parcial o no comprende a todos los autores o partícipes del hecho y, cuando en la etapa de juzgamiento sobrevienen pruebas que determinan la existencia de otras conductas punibles o la vinculación de otras personas en calidad de autoras o partícipes.

Se resalta que en materia procesal penal el proceso aún se encuentra dividido en dos etapas claramente diferenciadas (investigación y juicio) y que, al igual de lo que ocurre en el proceso de responsabilidad fiscal, existe un límite procesal para que se puedan vincular sujetos en calidad de autores o partícipes de la comisión del hecho punible. Este

límite lo constituye la resolución de acusación y obliga a que en el evento en que con posterioridad a su adopción se presenten nuevos hechos susceptibles de ser investigados o nuevos autores o partícipes de su comisión, se compulsen copias de lo actuado para que se tramite la correspondiente investigación penal respecto de aquellos que no quedaron comprendidos dentro de la investigación inicial. Lo anterior con el objeto de que a los investigados se les otorguen todas las garantías que hacen parte del principio del debido proceso, en la forma y términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal (legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, debido proceso público sin dilaciones injustificadas, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, etc.).

La Corte Constitucional en reciente pronunciamiento ha reiterado la importancia que tiene para los investigados la posibilidad de participar dentro de las actuaciones que se tramitan con el objeto de esclarecer hechos respecto de los cuales se les reputa presuntos responsables, pues entiende que el derecho de defensa conlleva la posibilidad de intervenir en la actuación, aún en etapa de indagación preliminar, en la que apenas se está evaluando si es procedente dar inicio al correspondiente proceso penal. En este sentido, ha precisado la Corte Constitucional en sentencia C-836 de este año:

[. . .] en la presente oportunidad resulta conveniente insistir en que la notificación es el mecanismo mediante el cual se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las providencias que se produzcan dentro de un proceso y tiene como finalidad garantizar los derechos de defensa y de contradicción como nociones integrantes del concepto de debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política. Desde esta perspectiva no es indiferente para el imputado conocido que se le notifique o no la apertura de la investigación previa. Esta notificación le hace conocer que contra él se sigue un investigación, circunstancia que le permite solicitar y obtener el ser oído en versión libre y el derecho subsiguiente a conocer el expediente y las pruebas que se han aportado al mismo. Sólo sobre este conocimiento puede ejercer el derecho de contradicción, del cual es titular desde el momento mismo en que se le determina como imputado dentro de la investigación.

[. . .] 8. Hecho el recuento de la jurisprudencia constitucional relativa a la necesidad de notificar la providencia que abre la investigación previa, entra la Corte a estudiar la disposición acusada. Como se dijo, ella indica las providencias que deben notificarse señalando que lo serán las

sentencias, las providencias interlocutorias y algunas de sustanciación que menciona taxativamente. Dado que en esta lista taxativa no se incluye el auto de apertura de la investigación, que es un auto de sustanciación, forzoso es concluir que actualmente el mismo, según la nueva ley, no es objeto de notificación.

[. . .] Así las cosas, al no disponer la ley que dicho auto deba ser notificado, y dado que -mientras no le sea solicitada por el imputado- es facultativo del fiscal decretar de oficio la recepción de la versión libre, actualmente es posible que una persona sea investigada por el Estado como imputado de ser autor o participe de la comisión de un ilícito, sin que mientras se adelanta esa investigación tenga conocimiento de esa situación. Esta investigación surtida a espaldas del imputado conocido ha sido calificada por esta Corporación como violatoria del derecho al debido proceso y a la dignidad del investigado, como anteriormente se vio al exponer la jurisprudencia sentada sobre el tema.

[. . .] En el caso presente, la ley, al regular las notificaciones dentro del procedimiento penal, omitió indicar que el auto de apertura de la investigación previa debía ser notificado al imputado conocido, con lo cual conculcó el derecho de defensa del mismo, desconociendo el artículo 29 superior. Se presenta entonces una inconstitucionalidad relativa que impone a la Corte proferir un fallo de exequibilidad condicionado, según el cual la norma acusada es exequible -pues lo que dice no contradice la Carta Fundamental-, pero debe ser entendida como referente también al auto de apertura de la investigación cuando existe imputado conocido. Es decir, debe entenderse que dentro de las providencias que deben notificarse al imputado, está incluido dicho auto.

La omisión legislativa relativa se produce entonces por violación del derecho de defensa. Debe recordarse, como lo muestra la jurisprudencia transcrita, que esta clase de omisión no se produce solamente por violación del derecho a la igualdad, sino también cuando se afecta el derecho de defensa. Este derecho, en el caso presente, desde el inicio de la investigación debe ser garantizado al imputado conocido, por cuanto, como componente del derecho al debido proceso, es de aplicación directa e inmediata por estar expresamente enumerado en el artículo 85 de la Constitución Política. En tal virtud, aun sin el expreso reconocimiento del legislador, su protección debe otorgarse concediendo al imputado conocido el derecho a ser notificado del auto de apertura de la investigación.¹¹

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 de 8 de octubre de 2002. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. El resaltado y subrayado no hacen parte del texto original.

- A pesar de que es conveniente que dentro del proceso de responsabilidad fiscal se vincule a todos los presuntos responsables, que el auto de apertura haya hecho claridad sobre ese particular, y que el fallo comprenda a los que han intervenido en la ocurrencia del detrimento, es claro que la regulación más compatible con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es la que se encuentra consagrada en el Código de Procedimiento Penal, por un elemento que ha sido extraído del derecho punitivo que en principio pareciera extraño a un proceso que se cataloga como resarcitorio. En esa clase de proceso, al igual de lo que se exige en la materia analizada, la diligencia de versión libre (indagatoria en penal) constituye la actuación a partir de la cual los presuntos responsables pueden intervenir dentro del proceso y ella debe producirse antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad fiscal -en nuestro caso- o, resolución de acusación, si estamos ante un proceso penal, para efectos de que se entienda plenamente garantizado el derecho de defensa. De igual forma se advierten similitudes en cuanto a la aplicación del principio de la unidad procesal que obliga a tramitar un solo proceso por cada hecho susceptible de ser investigado, así como los hechos conexos, independientemente del número de autores o partícipes.

No obstante que en materia de responsabilidad fiscal no se contempla la posibilidad de aplicar el fenómeno de la ruptura de la unidad procesal, toda vez que existe un plazo máximo para vincular a los presuntos responsables (auto de imputación con responsabilidad fiscal) y que con posterioridad a su realización pueden presentarse nuevos hechos conexos o autores no comprendidos dentro de la investigación, resulta plenamente aplicable el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con lo anterior, en el evento en que se produzca auto de imputación con responsabilidad fiscal y con posterioridad aparezcan nuevos presuntos implicados, se estima que es procedente compulsar copias de lo actuado para que se abra el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal en el que se garantice a los nuevos implicados su

derecho de defensa¹². Partiendo de la consideración que el nuevo proceso se va a servir de las mismas pruebas recaudadas en el primero, se debe procurar adelantar la actuación con mayor diligencia de tal suerte que con posterioridad sea posible acudir a la figura de la acumulación de procesos y en una sola decisión definir la responsabilidad de todos los presuntos implicados, en aplicación de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 610 que prevé:

Artículo 14. Unidad procesal y conexidad. Por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.

Ello, sin embargo, no afecta el término de caducidad tal y como lo ha indicado esta Oficina en el concepto de 4 de diciembre ya citado.

La razón básica radica en que esta "suerte de indagatoria" que ha establecido la Ley 610, ajena a los dos restantes estatutos procesales revisados. De aplicarse el procedimiento previsto en los artículos 14, 28, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo o el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, que coinciden en la vinculación de las personas inicialmente no involucradas mediante la citación y otorgamiento de un plazo para intervenir, se incurriría en desconocimiento del derecho de defensa y de contradicción de los presuntos responsables fiscales, en la forma y términos en que estas garantías han sido desarrolladas en la Ley 610 de 2000. Bajo el criterio de aplicar una legislación remisoria no se pueden desconocer las normas que remiten pues la complementariedad no puede conducir a la negación normativa. De allí que la compatibilidad encuentre una ruptura. Podría sugerirse, en gracia de discusión y aplicando al máximo el principio tutelar de unidad procesal, que la inteligencia de la vinculación de los nuevos implicados se hiciera sobre la base de que la norma se realiza mediante versión libre. Esto supondría ejercicios hermenéuticos de desechar alguno de los apartes remitidos, opción que

¹² En el mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en concepto 80112-1636 de 21 de mayo de 2001, suscrito por la Directora de la Oficina Jurídica.

raya en la creación legislativa, y suponer que debe producirse una suspensión del proceso, con el mismo agravante.

3.- CONCLUSIONES.-

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, esta Oficina responde a los interrogantes planteados en los siguientes términos:

- 3.1.- En materia de responsabilidad fiscal, el auto de imputación marca el momento procesal a partir del cual ya no sería posible vincular a nuevos presuntos responsables, so pena de incurrirse en violación del derecho de defensa. Esta interpretación se desprende de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 610 que al desarrollar la garantía de defensa del implicado reconoce a quien ostente esa calidad el derecho a solicitar que se le escuche en versión libre y espontánea, siempre que no se haya producido auto de imputación con responsabilidad fiscal. En este mismo sentido el referido artículo establece una limitante para quien adelanta el proceso de responsabilidad al disponer que no se puede dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal si, previamente, no se ha escuchado en versión libre y espontánea al presunto responsable.
- 3.2.- A pesar de que el artículo 66 de la Ley 610 establece que en caso de presentarse vacío se puede acudir, en su orden, a las normas del Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil o, del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, se estima que no es procedente dar aplicación a lo establecido en el artículo 83 del CPC para vincular a nuevos presuntos responsables después de que se ha proferido auto de imputación con responsabilidad fiscal, pues la Ley 610 establece como límite para la vinculación el auto de imputación de responsabilidad fiscal, que debe estar precedido de la versión libre y espontánea de los presuntos imputados. De desconocerse la previsión contenida en el artículo 42 de la Ley 610 se incurriría en violación del derecho de defensa y de contradicción, quedando afectada de nulidad la actuación en términos de lo establecido en el artículo 36 de la referida ley.
- 3.3.- En el evento en que se produzca auto de imputación con responsabilidad fiscal y con posterioridad aparezcan nuevos presuntos implicados, se estima

es procedente compulsar copias de lo actuado para que se abra el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, en el que se garantice a los nuevos implicados su derecho de defensa en la forma y términos establecidos en la Ley 610 de 2000.

Partiendo de la consideración que el nuevo proceso se sirve de las mismas pruebas recaudadas en el primero, se debe procurar adelantar la actuación con mayor diligencia de tal suerte que con posterioridad sea posible acudir a la figura de la acumulación de procesos y en una sola decisión definir la responsabilidad de todos los presuntos implicados

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,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón.

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

c.c. Auditor Delegado
Grupo de Atención Ciudadana

DPA