



Bogotá D.C., marzo 17 de 2016

Rad No 2016-233-001249-2
Us Rad. RFRONDON
Fecha 18/03/2016 10:47:04
Asunto : DERECHO DE PETICION
Destino : / Rem CIU GABRIEL GONZALEZGUTIERREZ
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Doctor
ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Carrera 57C No. 64 A – 29 Barrio Modelia Norte
Ciudad.-

SIA -ATC 2016000211

Ref.- DERECHO DE PETICION DE CONSULTA

En ejercicio del derecho de petición de consulta, en forma respetuosa solicito concepto sobre el siguiente asunto:

¿Está facultada la Contraloría para decretar y practicar pruebas una vez aperturado el proceso de responsabilidad fiscal sin que se haya notificado, versionado o representado por apoderado de confianza o de oficio al o los presuntos responsables?

Solo se imputa responsabilidad.

¿No es viable el decreto de pruebas una vez aperturado el proceso sin que se haya notificado, versionado o representado por apoderado de confianza o de oficio al o los presuntos responsables, **salvo aquellas que se ordenaron en el auto de apertura, pues de lo contrario es una evidente vulneración a las formas propias del proceso conforme lo prevé el artículo 29 superior?**

MI PETICION SE FUNDA EN LO SIGUIENTE:

De la estructura del proceso consagrado en el prementada ley, por ningún parte el legislador otorga facultad de ordenación y práctica de pruebas una vez proferido el auto de apertura, **con excepción de las que en dicha providencia se ordenan.**

24
art 30 Ley 610
32
41:6
51, 53

18 MAR 2016

*de la ley
2016-233-001249-2
18 MAR 2016
4:30*

Las pruebas que se decreten y practiquen al margen de dicho procedimiento, a mi juicio son inexistentes en los términos del artículo 30 ibidem, lo que conlleva vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso y derecho de defensa.

El sustento de mi postura deviene inicialmente sobre la tesis plasmada por la Corte Constitucional en sentencia C-477 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra:

EL Proceso de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000

3. El artículo 1° Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal como el "conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado." El artículo 4° siguiente, precisa que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se logra mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense dicho perjuicio.

De manera general, el conjunto de actuaciones reguladas por la Ley 610 de 2000 que conforman el proceso de responsabilidad fiscal, son las siguientes:

a. El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9°).

b. Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencia o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39).

c. Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)

d. En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41)

e. Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado.

f. Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43)

g. El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. (Artículos 45 a 50)

h. Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51)

i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, “vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.

j. En los términos del artículo 55, “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...”

En segundo lugar, en los términos de la sentencia transcrita, el proceso fiscal es regulado o reglado y especial, como en efecto lo confirma el concepto de la Contraloría General emanado de la Oficina Jurídica Radicado 2014IE0005110, en el que se precisó:

*“La práctica hace posible prever otros procedimientos quizás más expeditos y lógicos para adelantar y concluir este tipo de investigaciones, como los que usted aduce en su consulta, **pero por tratarse de un procedimiento especial y reglado, no es posible variarlo so pena de afectar el debido proceso y con ello garantías y derechos fundamentales. Solo en el evento de vacíos procedimentales, que no ocurre en este caso, podrían aplicarse supletoriamente** las normas del Código de Procedimiento*

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Cualquier modificación al procedimiento actual debe estar contemplada en la ley”.

Se concluye entonces que, como está estructurado el procedimiento de responsabilidad fiscal¹, a mi juicio, no es viable el decreto de pruebas una vez aperturado el proceso sin que se haya notificado, versionado o representado por apoderado de confianza o de oficio al o los presuntos responsables, **salvo aquellas que se ordenaron en el auto de apertura, pues de lo contrario es una evidente vulneración a las formas propias del proceso conforme lo prevé el artículo 29 superior.**

Atentamente,

GABRIEL GONZALEZ GUTIERREZ
c.c.No. 5.908.609 de Flandes – Tolima
Dirección: Calle 12C No. 71C-31 apto 204 torre 1
Conjunto atalanta – Bogotá tel. 3204553715

¹ Ley 610 de 2000

SIA-ATC 2016000211

20161100013431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20161100013431

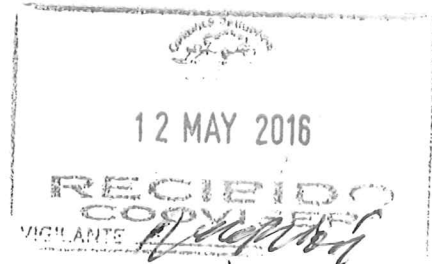
Fecha: 06-05-2016

Bogotá,
110

Doctor
GABRIEL GONZALEZ GUTIERREZ
Calle 12C No. 71C-31 Apto 204 Torre 1
Conjunto Atalanta
Bogotá, D.C.

Asunto: Solicitud de concepto

Respetado doctor Gonzalez



1. ANTECEDENTE.

Mediante radicado 20162330012492 del 18 de marzo de 2016, recibimos su comunicación, mediante la cual consulta específicamente lo siguiente:

¿Está facultada la Contraloría para decretar y practicar pruebas una vez aperturado el proceso de responsabilidad fiscal sin que se haya notificado, versionado o representado por apoderado de confianza o de oficio al o los presuntos responsables?

¿No es viable el decreto de pruebas una vez aperturado el proceso sin que se haya notificado, versionado o representado por apoderado de confianza o de oficio al o los presuntos responsables, salvo aquellas que se ordenaron en el auto de apertura, pues de lo contrario es una evidente vulneración a las formas propias del proceso conforme lo prevé el artículo 29 superior?

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

En primer término debemos señalar en relación con las funciones asignadas por la ley a esta dependencia, que la facultad de conceptuar se encuentra consagrada en el artículo 18 del Decreto 272 de 2000, el cual establece que solo respondemos consultas que nos realicen el Auditor General de la República y las demás dependencias de nuestra entidad, veamos:

10 MAY 2016



Paul

Artículo 18.- Funciones de la Oficina Jurídica. Son las siguientes:

(...)

3. Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo.

(...)” negrillas y subrayas nuestras.

Sin embargo, como una manera de brindar simples orientaciones generales, pues, la Auditoría General de la República solo puede pronunciarse sobre conceptos o consultas generales y abstractas, en razón a que nuestras funciones Constitucionales y legales atribuidas en el artículo 274 de la Carta y el Decreto Ley 272 de 2000, determinan que el control fiscal que ejerce la AGR, la cual vigila la gestión fiscal de todas las contralorías del país, no implica una participación en la toma de decisiones de esas administraciones en el manejo de sus funciones misionales, administración de recursos, fondos, bienes o valores.

El fin último del proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, y no es otro que “*determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*”.

A fin de concluirse con esa finalidad legal, el funcionario de conocimiento debe hacer uso de los medios de prueba que estime convenientes para establecer la existencia de los elementos de la responsabilidad fiscal de que trata la Ley 610 de 2000.

En efecto, el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente con el auto de apertura, a fin que los informes de auditoría con incidencia fiscal, quejas, denuncias e indagaciones preliminares se conviertan en insumos para el proceso, y una vez iniciado, ya sea en el auto de apertura o en el desarrollo del mismo, se

podrán allegar las pruebas que se consideren pertinentes, y conducentes, bajo la dirección del operador judicial, quien es el encargado de proporcionarle al proceso el suficiente material probatorio para poder restablecer la responsabilidad fiscal a quienes estuvieren implicados.

Es conveniente señalar que todas estas pruebas incorporadas a la investigación, mediante la documentación allegada conforme al procedimiento que para tal fin se establezca en las auditorías y en los términos establecidos para ello, deben incorporarse al proceso sin que puedan catalogarse como pruebas inexistentes, pues, si fueron recaudadas con el lleno de los requisitos sustanciales de ley, tendrán validez probatoria a efectos de poder determinarse el daño.

Ahora bien, para que proceda el proceso de responsabilidad fiscal por el trámite ordinario, deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, sin perder de vista que una vez iniciado, se entra en una etapa investigativa, la cual se debe desarrollar en un término de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“...La Corte ha destacado que la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se surte a través de un auto de trámite que se profiere cuando se haya acreditado el daño patrimonial al Estado y se cuente con pruebas serias sobre los autores del mismo. Se trata de una providencia que da lugar al inicio del proceso de responsabilidad fiscal, la cual debe sustentarse fáctica y jurídicamente, y en ella se decretan pruebas y medidas cautelares, si hay lugar a las mismas, y que tiene que notificarse a los presuntos responsables, en caso de que hayan sido identificados, para que ejerzan los derechos de defensa y contradicción. Dictado el auto de apertura, corre entonces el término probatorio o su prórroga, vencido el cual el investigador fiscal decide si archiva el proceso o si profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal¹.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2008.

Respecto a la notificación de los procesos ordinarios, es pertinente señalar que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 106 del Estatuto Anticorrupción, las providencias allí proferidas se notificarán por estado, salvo que se trate del auto de apertura del proceso, del auto de imputación de responsabilidad fiscal y del fallo de responsabilidad fiscal, caso estos en los que la notificación deberá ser personal y por aviso, conforme con la Ley 1437 de 2011.

Así, el precitado artículo 106, expresa:

“Artículo 106. NOTIFICACIONES. En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias: el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y el fallo de primera o única instancia; para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado”.

De no poderse realizar la notificación personal por las razones contempladas por el legislador, por la remisión que hiciera la Ley 610 de 2000 al Código Contencioso Administrativo, en vigencia de aquél, la manera de hacerlo era mediante edicto fijado en la Secretaría del Despacho por el término de cinco (5) días (art. 45), y en vigencia de la Ley 1437 de 2011, a través de aviso (art. 69), con lo cual queda cumplido el requisito de publicidad del acto administrativo. Así las cosas, es viable proceder a la práctica de las pruebas decretadas.

De otra parte, de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 610 de 2000, la designación de apoderado es facultativa del procesado, mientras que la designación de apoderado de oficio está restringida para quien no pudiese ser localizado, o citado no comparece a rendir versión libre (art. 43). En este punto debe resaltarse el hecho de que el acto administrativo que decretó la prueba ya ha

sido notificado, por lo cual, válidamente, puede la entidad proceder a la práctica de las pruebas decretadas.

Cabe precisar que en virtud del principio de publicidad las providencias que se profieran por el funcionario competente dentro de la indagación preliminar como en el proceso de responsabilidad fiscal, bien sea en el trámite ordinario o verbal, deben ser puestas en conocimiento del implicado y de los terceros interesados o de sus apoderados, para que una vez enterados de su contenido, puedan ejercer los recursos de ley para impugnarlos, ejercer el derecho de contradicción o para solicitar su cumplimiento.

Sobre este tópico la Corte Constitucional expresó:

“notificación personal busca asegurar el derecho de defensa, ya que al dar carácter obligatorio a este tipo de actuación procesal, se está garantizando que sea directamente aquel cuyo derecho o interés resulta afectado, o quien lleva su representación, el que se imponga con plena certidumbre acerca del contenido de providencias trascendentales en el curso del proceso. Se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. Este acto procesal también desarrolla el principio de la seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales.”²

Así las cosas, no hay duda alguna que al interior de todos los procesos, ya sean judiciales o administrativos, debe garantizarse en todo momento la observancia de las garantías constitucionales. Los procesos de responsabilidad fiscal deben procurar en cada una de sus etapas, el sometimiento a las previsiones contenidas en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, de manera que se brinde la oportunidad para que los sujetos procesales que en ella intervienen puedan

² Sentencia C-472 de 1992.

presentar los argumentos en relación con las imputaciones efectuadas, así como para que soliciten y aporten las pruebas que estimen conducentes y pertinentes para su defensa.

La contradicción supone entonces la posibilidad de conocer la prueba, de solicitar o aportar las que se estimen conducentes, pertinentes y útiles para oponerlas a las que se consideren adversas, de participar en su práctica, de expresar la opinión estimativa sobre ellas y de contradecirlas interponiendo los recursos de ley en contra de las valoraciones estimadas por las contralorías en las decisiones procesales correspondientes.

Respecto al ejercicio del derecho de contradicción, la Ley 610 de 2000 le brinda al implicado como oportunidad para su utilización a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, según lo estatuido por el artículo 32.

En este contexto, valga reseñar que el artículo 22 *Ibidem* titulado como la necesidad de la prueba, expresa, “*toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso*”³.

Luego, es ilícita la prueba que se obtiene violando los derechos fundamentales de los implicados en el proceso de responsabilidad fiscal, sea para para obtenerla o para lograr el medio probatorio, y su exclusión es consecuencia de la prominencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolabilidad .

³ El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 174, dice. “Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”. A su vez, el Código de procedimiento Penal, en su artículo 232, prescribe: “Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”.

Según el doctrinante AMAYA OLAYA⁴, “el término providencia, utilizado por la norma, debe entenderse solo en el sentido de aquellas decisiones interlocutorias en las cuales se resuelvan situaciones con expresión de criterios ponderativos de índole probatoria por parte de la contraloría, excluyendo así el sentido genérico del vocablo que pudiere extenderse incluso a los meros actos de trámite. el Tales providencias dictadas dentro del proceso de responsabilidad fiscal, deben estar fundadas de manera única y exclusiva en las pruebas producidas, allegadas o aportadas legalmente al proceso (y, como consecuencia, sobre las cuales se ha surtido como la contradicción), lo cual excluye la posibilidad de que se surta el denominado conocimiento personal o privado que el funcionario tenga sobre hecho”.

Sin embargo, estas reglas tienen sus excepciones, entre otras, aquellas conocidas como notorios y con las afirmaciones o negaciones indefinidas, que no requieren prueba, así como también operan para el caso de las normas jurídicas escritas cuando tienen alcance nacional o sobre las resoluciones reglamentarias que expida el Contralor General en ejercicio de las facultades establecidas en el numeral 12 del artículo 268 Superior.

Además, resulta imperioso señalar que en los procesos de responsabilidad fiscal debe garantizarse el debido proceso, razón por la cual los organismos de control, al momento de recaudar los elementos probatorios que servirán de base para endilgar la responsabilidad fiscal, deberán hacerlo con plena observancia de los derechos y garantías fundamentales de los implicados. Lo anterior, previendo eventuales nulidades procesales, como mecanismo extremo que debe ser resuelto por el operador jurídico tendiente a subsanar irregularidades o vicios presentados

⁴ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, *Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 479.

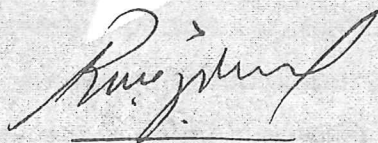
en el proceso, cuya magnitud y trascendencia sean tales que lo afecten en su estructura o transgredan las garantías fundamentales de las personas.

El artículo 29 Superior es claro en determinar que *“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...Es nula, de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”*.

Finalmente, debemos agregar que en consideración a que este Despacho no cuenta con la totalidad de las actuaciones administrativas efectuadas al interior del proceso que se adelanta por la respectiva contraloría y que no le asiste la competencia para determinar si los trámites y procedimientos están apegados al ordenamiento jurídico instituido, este concepto se emite en forma general y abstracta con el propósito de aportar elementos de juicio para orientar el asunto objeto de consulta.

Bajo las anteriores consideraciones esperamos haber resuelto la inquietud planteada, reiterándole que las opiniones vertidas en el mismo, son proferidas con criterio orientador y sin carácter vinculante.

Atentamente,



ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica