

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA
Memorando interno



Radicado No: 20171100002913

Fecha: 08-02-2017

Bogotá D. C.,
110

141

Para: CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ LEAL
Directora de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

De: ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica

Asunto: Solicitud Concepto "Grado de Consulta".

Respetada doctora:

De manera respetuosa nos permitimos brindar el concepto requerido en el memorando radicado con el No. 20172120000953 de fecha 25 de enero de 2016 en el que usted indica: "Con el propósito de unificar criterio con la Contraloría General de la República en el sentido que únicamente proceda el Grado de Consulta para los Procesos de Responsabilidad Fiscal, en los eventos señalados en la Ley 610 de 2000 artículo 18, de manera respetuosa solicito ante su Despacho, determinar la procedencia de emitir concepto en tal sentido y en consecuencia dejar sin efecto el concepto OJ110-435, del 27 de mayo de 2004 proferido por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República(...)"

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

Aspectos Generales del Grado de Consulta

Nuestra Constitución Política prevé concretamente que: "ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley."

A su turno, la Ley 610 de 2000, norma especial "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías" estableció el trámite en grado de consulta, para algunas actuaciones, así:

"Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de

Vigilando para todos



Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte - Bogotá D.C. - Colombia
PBX: (57-1) 318 68 00 - 381 67 10 - Línea gratuita 018000 120205
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral

www.auditoria.gov.co

09 FEB 2017

Handwritten signature and date: 09-02-2017

archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

Los preceptos transcritos nos permiten identificar algunos asuntos puntuales respecto a los cuales debemos referirnos.

1. Estas regulaciones recaen sobre decisiones definitivas proferidas en el curso de un proceso.

La regulación citada contenida en la Constitución Política, es explícita en señalar que podrán ser apeladas y consultadas las **sentencias**, definidas en el artículo 278 del Código General del Proceso como aquellas providencias del juez "que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión", decisiones a las que sólo puede arribar luego de agotarse un proceso judicial.

Ahora bien, en relación con lo señalado en la Ley 610 de 2000, debemos señalar que si bien dicha definición dispone la obligación de someter a grado de consulta los autos de archivo, la razón de ser de esta norma es regular el "trámite de los procesos de responsabilidad fiscal", no la indagación preliminar, pues ésta no hace parte de aquél, ya que es anterior al mismo, tal como se deduce del artículo 39, donde se expresa que procede para "verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él", todos estos, elementos requeridos para cumplir con los requisitos del "auto de apertura" del proceso de responsabilidad fiscal.

Como bien se observa al revisar la norma, la regulación del proceso implica la instrucción de una seguidilla de pasos, etapas y requisitos para culminar con una decisión de fondo dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, no señalados para la indagación preliminar, pues no es objeto de esta Ley su regulación.

Con lo hasta ahora expuesto, podemos concluir que el grado de consulta, es obligatorio surtirlo dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, cuando se materializan las circunstancias previstas en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, pero no para la indagación preliminar, pues ésta norma no lo regula.

En relación con la procedencia de esta figura, **de carácter procesal**, es pertinente referirnos a lo señalado por la jurisprudencia, como en la sentencia C-338 de 1996¹:

"En la sentencia C-153/95¹ la Corte precisó la naturaleza jurídica y los fines de la consulta en los siguientes términos:

"La consulta, a diferencia del recurso de apelación, es una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado un providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo. La competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida".

"La consulta opera por ministerio de la ley y, por consiguiente, la providencia respectiva no queda ejecutoriada sin que previamente se surta aquélla. Por lo tanto, suple la inactividad de la parte en cuyo favor ha sido instituida cuando no se interpone por ésta el recurso de apelación, aunque en materia laboral el estatuto procesal respectivo la hace obligatoria tratándose de entidades públicas".

"La consulta se consagra en los estatutos procesales en favor o interés de una de las partes. No se señalan en la Constitución los criterios que el legislador debe tener en cuenta para regularla; sin embargo, ello no quiere decir que esté habilitado para dictar una reglamentación arbitraria, es decir, utilizando una discrecionalidad sin límites, pues los derroteros que debe observar el legislador para desarrollar la institución emanan, como ya se dijo, precisamente de la observancia y desarrollo de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución".

"Del examen de los diferentes estatutos procesales que regulan la consulta, deduce la Corte que ella ha sido instituida con diferentes propósitos o fines de interés superior que consultan los valores, principios y derechos fundamentales constitucionales."

SENTENCIA C-338/96. Referencia: Expediente D-1149. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 109 de la ley 200 de 1995. M. P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Santafé de Bogotá, D.C., agosto primero (1º) de mil novecientos noventa y seis (1996)



Anteriormente, en la sentencia C-055/932 había afirmado la Corte, "que ésta es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica que se trate"

3. La situación concreta.

3.1. Los procesos disciplinarios, cuando se trate de falta leve, son de única instancia. En el evento de la comisión de falta calificada como grave o gravísima "el jefe de la dependencia o de la seccional o regional correspondiente fallará el proceso en primera instancia en cuyo caso la segunda instancia le compete al nominador" (art. 61 Ley 200/95).

3.2. En los términos y condiciones previstos en los arts. 96 a 108 de la ley 200/95, contra las decisiones disciplinarias proceden los recursos de reposición, apelación y queja.

3.3. En cuanto al grado jurisdiccional de consulta dicha ley establece lo siguiente:

- Según la norma acusada la consulta se establece "en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Si transcurridos seis (6) meses de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido decisión que desate la consulta quedará en firme la respectiva providencia "y el funcionario moroso será investigado disciplinariamente"

- "Son consultables los fallos absolutorios de primera instancia y los que impongan como sanción amonestación escrita".

"En relación con la consulta dentro de la ejecutoria del fallo absolutorio el disciplinado podrá solicitar mediante petición debidamente fundamentada, su confirmación" (art. 110).

3.4. La Corte estima que la norma acusada es exequible por las siguientes razones:

3.4.1. En relación con el principio de la doble instancia la Corte, en la citada sentencia C-153/95, expresó lo siguiente:

"El principio de la doble instancia como regla general, reconocido antes a nivel legal, tiene en la Constitución Política una consagración expresa en los arts. 29, 31 y 86. La segunda de estas disposiciones de modo general regula el principio y prohíbe además la reformatio in pejus en los siguientes términos:

"Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

"Se desprende del anterior contenido normativo que el principio de la doble instancia, soportado en el mecanismo de impugnación a través de la apelación y en la institución de la consulta, no tiene un carácter absoluto, en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, pues su aplicación práctica queda sujeta a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad. En tal virtud, so pretexto de ejercer la competencia que emana de la referida disposición, no le es dable al legislador al regular la procedencia de la apelación o de la consulta establecer tratos diferenciados que carezcan de una legitimación objetiva, en cuanto a los fundamentos de hecho y de derecho que los justifican, su finalidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad".

Conforme a las anteriores consideraciones estima la Corte que la institución y regulación de la consulta en la norma acusada, en principio, no viola la Constitución, porque tiene su fundamento en el art. 31.

3.4.2. En cuanto al cargo formulado por la prolongación del proceso disciplinario, con motivo de la consulta, considera la Corte que corresponde al legislador en desarrollo del principio del debido proceso señalar las etapas procesales y los trámites que corresponden a las actuaciones judiciales y administrativas; por lo tanto, es del resorte de aquél tanto la institucionalización de la consulta en dicho proceso como el señalamiento del término dentro del cual ella debe surtirse.

El término máximo para decidir la consulta, seis (6) meses, a partir del recibo del expediente por el superior, es razonable y se ajusta a la Constitución en la medida en que garantiza que el proceso disciplinario se desarrolla dentro de precisos términos procesales que deben ser cumplidos estrictamente (art. 29). La modalidad del silencio administrativo que la norma contiene, cuando dispone que si transcurrido el aludido término "no se hubiere proferido la respectiva providencia quedará en firme el fallo materia de la consulta y el funcionario moroso será investigado disciplinariamente" resulta beneficiosa para el disciplinado, en cuanto le exige al funcionario que conoce de la consulta la emisión de un pronunciamiento dentro de un plazo perentorio, y si no lo hace se produce una decisión ficta o presunta, consistente en la confirmación de la respectiva providencia, que agota la vía gubernativa y abre por consiguiente la vía contenciosa administrativa. El no señalamiento de plazo, podría interpretarse en el sentido de que la autoridad correspondiente puede ilegalmente dilatar indefinidamente la resolución del trámite de la consulta, con lo cual se atentaría contra el interés público y contra los derechos del disciplinado, quien naturalmente tie-



ne interés en que se defina su situación jurídica desde el punto de vista disciplinario.

Adicionalmente, la norma prevé sanciones disciplinarias por la mora del funcionario en resolver la consulta, lo cual se encuentra conforme con los principios constitucionales de celeridad, eficiencia y eficacia, que asegura el cumplimiento de los términos procesales en las actuaciones administrativas (arts. 29 y 209 C.P.).

3.4.3. Con respecto a los restantes cargos observa la Corte:

a) No se viola el principio de la cosa juzgada, porque siendo procedente la consulta aún no hay decisión definitiva de la cual se pueda predicar dicho efecto.

b) No se vulnera el principio de la prohibición de la reformatio in pejus, si se tiene en cuenta que corresponde al legislador determinar si la decisión de instancia puede ser apelada o consultada. La reformatio in pejus únicamente opera según el art. 31 cuando se hace más gravosa la pena impuesta, cuando el condenado sea apelante único; situación que no se da en el caso de la consulta en que por ministerio de la ley el superior de quien dictó la providencia objeto de ésta tiene una amplia competencia para revisarla y adoptar la decisión correspondiente a la respectiva instancia. En estas condiciones, en virtud de la consulta si es posible que se pueda agravar la pena impuesta al disciplinado, porque según la norma acusada aquélla ha sido establecida "en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales", es decir, con miras a tutelar no sólo el interés general y la legalidad abstracta sino los derechos y garantías fundamentales de las personas disciplinadas.

c) No se viola el principio indubio pro reo porque la decisión consultada no tiene el carácter de definitiva; sólo cuando se resuelve la consulta o se produce el silencio que la norma acusada regula es procedente que dicha decisión adquiera tal carácter. En tal virtud, la decisión primaria, sujeta a posterior revisión en consulta, en modo alguno tiene la virtud de crear una situación jurídica particular que haga aplicable en beneficio del disciplinado el aludido principio. Conforme con lo expuesto se declara exequible la norma acusada, porque ella no viola los preceptos invocados por los actores ni ninguna otra norma de la Constitución."

De esta transcripción resaltamos algunos de los elementos que refuerzan lo expuesto en precedencia, tales como que el grado de consulta es una institución de contenido procesal, opera por ministerio de la Ley, como ocurre en el proceso de responsabilidad fiscal en virtud de lo establecido en la Ley 610 de 2000, "corresponde al legislador en desarrollo del principio del debido proceso señalar las etapas procesales y los trámites que corresponden a las actuaciones judiciales y administrativas," y "corresponde al legislador determinar si la decisión de instancia puede ser apelada o consultada."

Fuerza concluir en relación con la indagación preliminar, que ésta no es un proceso, en tanto no está regulado como tal por la Ley, sino que es una etapa que eventualmente se puede adelantar con el fin establecer circunstancias particulares y necesarias para darle curso a un proceso, dentro de la cual se adelantan una serie de diligencias administrativas, por lo que no debe cumplir las exigencias de aquél, y en tal virtud, solamente requiere la existencia de una parte, en el presente caso, la Auditoría General de la República; no es una controversia que requiera la concurrencia de una contraparte; la decisión de archivo de la IP no debe ser notificada, ni es susceptible de recursos; puede recepcionarse o no la versión libre, obligatoria dentro del proceso, caso en el cual, conforme lo señala el artículo 32 de la Ley 610 de 2000 "**El investigado *podrá* controvertir las pruebas 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**", circunstancias todas que desvirtuarían su calidad de proceso. Al respecto señalo la Corte Constitucional (Resaltado fuera de texto):

*"Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. Así, pues, hoy nos hallamos ante una regulación que presenta un estructura temática y procedimental mucho más garantista del debido proceso, sin que ello obste para que los ciudadanos puedan instaurar las correspondientes demandas en acción de inconstitucionalidad."*² (Subrayado fuera de texto).

² Corte Constitucional. C-840 de 2001. C.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, 9 de agosto de 2001.



CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto en este documento, la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República es del parecer que no existe la obligación legal para surtir grado de consulta en las indagaciones preliminares, como si para los procesos de Responsabilidad Fiscal cuando se verifique alguno de los presupuestos señalados en la Ley 610 de 2000.

De esta forma, de manera general y abstracta damos respuesta a los interrogantes planteados, recordándole que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica