



Radicado No: 20191100025371

Fecha: 20-08-2019

Bogotá,
110

Señor
ALFREDO ESCUDERO CARDONA
Carrera 110 No. 143-37 Piso segundo
Suba – Bogotá

Referencia: **RADICADO: SIA ATC 2019000510 Radicado No. 20190026182**
Concepto Proceso Administrativo Sancionatorio.

Cordial saludo:

En atención a su comunicación del pasado 15 de julio de 2019, en la cual a manera de cuestionario solicita:

"1 ¿Cuáles son los fundamentos constitucionales, legales y normas internas de la AGR, sobre las cuales se estructura jurídicamente el Proceso Administrativo Sancionatorio? 1-B En la formulación de cargos a título de cual culpa se debe endilgar la responsabilidad en el trámite del proceso administrativo sancionatorio? ¿Qué norma y/o artículo lo reglamenta?"

2. ¿Cuáles son los elementos estructurales de la conducta sancionable en Colombia en los P.A.S.? 2-B Que normas y/o artículos los reglamenta actualmente?"

3. Referente al periodo probatorio del proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal:

A. Contra el auto que niega el decreto y practica de pruebas en el PAS, ¿Cuáles recursos proceden de ley? ¿Qué norma y/o artículo los reglamenta?"

B. ¿Cuáles es términos procesales máximo, reglamentado para decretar, practicar y valorar pruebas en un proceso administrativo sancionatorio fiscal, cuando es (1) el implicado? ¿Cuál es la consecuencia jurídica por decretar y/o practicar pruebas (forma extemporánea), por fuera del termino preclusivo mayor a treinta (30) días hábiles que alude el inc. 1º. Del art. 48 Ley 1437-2011?"

C. ¿Cuál es el instrumento legal para la valoración judicial de la prueba, en lo atinente al decretar, practicar, valoración y/o apreciar en conjunto el material probatorio en el proceso de responsabilidad fiscal?"

3. Referente al traslado de alegatos finales y/o de conclusión, ¿se pueden decretar y practicar pruebas? 3B Una vez vencido el respectivo traslado para alegatos finales, el ente auditor cuanto tiempo dispone para dar fallo?"

4. Contra el auto que niega una Nulidad procesal en el proceso administrativo sancionatorio de carácter fiscal, ¿Cuáles recursos proceden? ¿Qué norma y/o artículo lo reglamenta? ¿Cuál es el termino procesal preclusivo para dar respuesta de fondo y de plano médiante auto motivado? ¿Qué norma y/o artículo lo reglamenta?"

5. Referente a la normatividad de carácter interna de la AGR: tengo para manifestar el siguiente desconcierto (...) es poder establecer con certeza y convicción la vigencia de la Resolución Orgánica 026 de 2001, (...)"

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, específicamente el numeral 2 de artículo 13, por la cual se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Con fundamento a las anteriores consideraciones, la Auditoría General de la República, no es competente para pronunciarse sobre los aspectos particulares, toda vez que ello puede afectar la imparcialidad que debemos observar en el ejercicio del control de la gestión fiscal. Cabe precisar que quien controla no debe participar en aquellas decisiones que posteriormente van a ser objeto de control, pues la función equivaldría a coadministrar, totalmente contrario a la función de fiscalización.

Sin embargo con el fin de dar simples orientaciones de carácter general y abstracto, esta oficina realiza las siguientes apreciaciones, sin entrar a realizar un análisis del asunto en particular.

El marco legal en el cual la Auditoría General de la República se rige para el Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal, son las siguientes normas: Ley 42 de 1993; Ley 1437 de 2011; Ley 1474 de 2011; Ley 1564 de 2012; a nivel interno, se encuentra la guía del proceso administrativo sancionatorio fiscal, cuya última actualización corresponde a la versión 3.1 del veinte (20) de diciembre (12) de Dos mil dieciséis (2016).

En el proceso Administrativo Sancionatorio se establece la culpa de acuerdo a lo señalado en el artículo 63 del Código Civil que reza:

“ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

Los elementos de la conducta sancionable son la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, son consideradas como principios del derecho sancionador, que se matizan en el ordenamiento administrativo dada la ausencia de regulación expresa, el delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable en el derecho penal punible, la misma definición puede aplicarse a las infracciones administrativas, con la diferencia de que, en este caso, la punición o castigo corresponde a la Administración y no a los tribunales de justicia. En el proceso Administrativo Sancionatorio, esta proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, y la sanción sólo será impuesta cuando se pruebe la culpa en la conducta del implicado.

Es necesario establecer la importancia que tienen las pruebas dentro de cualquier clase de proceso, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las pruebas, puede el funcionario administrativo o judicial, alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho, en aplicación exclusiva de los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, consagrados en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, en orden a hacer prevalecer la verdad dentro de la actuación y la finalidad de la misma, y con plena garantía del derecho de contradicción.

El artículo 40 del CPACA, señala que serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso, en el artículo 165, la práctica de pruebas procede bajo los términos señalados en el artículo 48 del CPACA:

- No más de 30 días si se trata de uno o dos investigados.
- No más de 60 días si se trata de 3 o más investigados.
- No más de 60 días si se trata de pruebas a practicarse en el exterior.

Es necesario precisar que el término probatorio se establece mediante acto administrativo, es improrrogable, y provee un máximo a ser utilizado plenamente por la autoridad administrativa, estableciendo en la misma norma, al finalizar el periodo probatorio se debe dar traslado al investigado por el término de diez días para la presentación de los alegatos.



El artículo 40 del CPACA prevé como admisibles todos los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, siendo necesario tener en cuenta los medios de prueba que figuran en el artículo 165 del Código General del Proceso:

"(...) Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. (...)."

En el auto que rechaza las pruebas, el cual debe darse de manera motivada, explicando las razones legales que llevan a la administración a concluir que las mismas son: 1) inconducentes, 2) impertinentes, 3) superfluas, de conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 75 del CPACA, contra los actos administrativos que deciden las solicitudes de pruebas no proceden recursos, sin embargo, la norma no indica expresamente que este acto deba ser notificado o comunicado.

El artículo 48 del CPACA, indica que *(...) vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos (...)*. En este punto es importante destacar que, si no existió período probatorio, bien sea porque no medió solicitud de la parte investigada, porque se decidió el rechazo por parte de la autoridad competente o porque no hubo decreto de oficio, se procederá a correr traslado al investigado, para alegar de conclusión.

Con referencia a el decreto de pruebas en la etapa de alegatos es necesarios aclarar que no hay posibilidad de sustraer la etapa correspondiente a los alegatos, pues se trata de fases procesales independientes, máxime cuando el artículo 49 del CPACA establece que *(...) El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos. (...)*

De lo anteriormente mencionado, los alegatos de conclusión constituyen un presupuesto procesal inquebrantable, para que pueda emitirse el acto administrativo definitivo.

El medio de control de nulidad tiene como propósito el mantenimiento y conservación del ordenamiento jurídico según un juicio de legalidad que se realiza sobre el acto administrativo en relación con normas jurídicas de jerarquía superior.

Concluyendo que la nulidad simple, que se consigna en el artículo 137 del CPACA, tenía como objetivo mantener el ordenamiento jurídico a través de un juicio de legalidad entre un acto administrativo y la ley en sentido formal o material y gracias a este medio de control cualquier persona natural o jurídica, podía solicitar la nulidad de los actos administrativos de carácter general cuando considerara que los mismos fueron expedidos: (i) con infracción de las normas en que deberían fundarse, (ii) sin competencia, (iii) en forma irregular, (iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación, (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió; o bien (vii) cuando se tratara de circulares de servicio o de actos de certificación y registro. Pero, también es viable aplicar excepcionalmente la nulidad simple de actos administrativos de contenido particular:



Con referencia a la normatividad de la AGR, a que hace referencia, el 31 de julio de 2001, la Auditoría General de la República expidió la Resolución Orgánica 026 de 2001, por la cual se determinan procedimientos al interior de la Entidad para adelantar tanto las indagaciones preliminares, como los procesos de responsabilidad fiscal, administrativo sancionatorio, y los de jurisdicción coactiva y se dictan otras disposiciones.

Por obvias razones, dicha resolución se apoya en el Decreto 001 de 1984 – Anterior Código Contencioso Administrativo - CCA - y en el Código de Procedimiento Civil - CPC -, vigentes para la época; normativa que fue derogada respectivamente con la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA - y la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso - CGP -. Por tal razón, en primer lugar, toda referencia o remisión realizada en la mencionada resolución hacia el CCA deberá entenderse efectuada hacia el CPACA, y la referencia o remisión al CPC deberá entenderse hacia el CGP.

Ahora bien, de manera posterior, la Auditoría ha expedido nuevas resoluciones sobre los procesos de responsabilidad fiscal, administrativos sancionatorios y de jurisdicción coactiva, pero en ninguna de ellas se ha derogado de forma expresa la Resolución Orgánica 026 de 2001, algunas de estas resoluciones orgánicas son: 004 de 2006, 008 de 2011, 014 de 2010, 006 de 2012, 007 de 2013, 003 de 2014.

En lo que respecta a la guía del proceso administrativo sancionatorio fiscal, cuya última actualización corresponde a la versión 3.1 del 20/12/2016, donde determina entre otros aspectos: remisión normativa para la interpretación y aplicación de la facultad sancionatoria del Auditor General de la República, los funcionarios competentes deberán remitirse a los principios rectores establecidos en la Constitución Política, las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso

La Ley 1437 de 2011, como se mencionó anteriormente, reguló el trámite del Proceso Administrativo Sancionatorio en su Primera Parte, arts. 47 a 52, es por ello que para adelantar dicho proceso se tendrá en cuenta dicha normatividad en concordancia con la Ley 42 de 1993. También se debe tener en cuenta el Código General del Proceso para tramitar el proceso administrativo sancionatorio. Como se puede notar, tanto el CPACA como el CGP ya se encuentran involucrados dentro de la normatividad interna de la AGR y la Resolución Orgánica 026 de 2001 continúa vigente, puesto que su derogatoria tácita ha sido parcial.

De esta manera y en espera de haber dado mayor claridad sobre el tema consultado, en consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

Es necesario informarle que los conceptos que emite esta Oficina Jurídica, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.



Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N°64 A - 29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Ilba Edith Rodriguez Ramirez		20/08/2019
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodriguez		20/08/2019
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodriguez		20/08/2019

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.