

Bogotá D.C
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202401251
Fecha: 8 de mayo de 2024 03:02:21 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Juan Carlos Flórez Ortiz

Respetado

JUAN CARLOS FLOREZ ORTIZ

jucaliz2020@gmail.com

Referencia: Concepto No. 110.033.2024

SIA-ATC No. 012024000288

1. *Del concepto acerca de si el jefe o Director del Proceso de Responsabilidad Fiscal de una Contraloría Territorial, puede ser designado para conformar o hacer parte de un comité creado al interior de la entidad, que tiene como objetivo principal el de estudiar, revisar, analizar y aprobar la viabilidad o no de un hallazgo.*

Respetado. **JUAN CARLOS FLOREZ ORTIZ:**

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento en el correo electrónico del 22 de marzo de 2024, radicado con No. 2024EE0053861 bajo el SIA-ATC. No. 012024000288, en el que hace la siguiente consulta:

“Sírvese indicar si el jefe o Director del Proceso de Responsabilidad Fiscal de una Contraloría Territorial, puede ser designado para conformar o hacer parte de un comité creado al interior de la entidad, que tiene como objetivo principal el de estudiar, revisar, analizar y aprobar la viabilidad o no de un hallazgo.”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda**

convertirse en el superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «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», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) Del proceso de responsabilidad fiscal; ii) Del destino de los dineros recuperados del proceso de responsabilidad fiscal; y iii) Del acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal y sus términos.

I. SOBRE LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN AL INTERIOR DE LAS CONTRALORIAS

De acuerdo con la ley 610 de 2000 se define, en su artículo 1º, los procesos de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

(...) “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 el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del estado.” (...)

Este proceso recorre varias etapas en busca de establecer la responsabilidad o no de servidores públicos del daño al patrimonio de la nación, dentro de dichas etapas se encuentran: a) **Indagación preliminar** la cual se adelanta por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, de otro lado, una vez establecida la existencia de una daño patrimonial o se encuentren los indicios para establecer la responsabilidad de quien los cometiere, la norma establece en su artículo 40 la iniciación formal del proceso de b) **apertura del proceso de responsabilidad fiscal**, donde el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el



evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno y finalmente agotadas la etapa procesales el artículo No. 53 determina la terminación del proceso, mediante **el fallo con responsabilidad fiscal**, que se proferirá luego que en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público.

Lo anterior nos indica, que este tipo de procesos someten al investigado a una serie de etapas donde se ven limitados derechos y garantías fundamentales, en igual sentido, se establecen los límites de quienes adelantan el proceso, en este caso, del organismo de control que adelanta las indagaciones y su salvaguarda esta señalado por la misma ley y la constitución.

En el mismo sentido, se aprecia que los servidores públicos están sujetos a una serie de prerrogativas que deben tener en cuenta al momento de sus actuaciones como las causales de impedimentos y recusaciones que desarrollaremos más adelante, igualmente, no deben estar inmerso en tales causales, debido a que podrían surgir circunstancias que podrían viciar la actuación procesal.

III. DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO EN CUALQUIER ACTUACION JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.

En sentencia, la Corte Constitucional indica que el debido proceso probatorio supone, dentro de toda actuación judicial y administrativa, un conjunto de garantías en cabeza de las partes y que estas tienen derecho a *(i) a presentar y solicitar pruebas; (ii) a controvertir las que se presenten en su contra; (iii) a la publicidad de las evidencias, en la medida en que de esta forma se asegura la posibilidad de contradecirlas, bien sea mediante la crítica directa a su capacidad demostrativa o con apoyo en otros elementos; Y además (iv) a que las pruebas sean decretadas, recolectadas y practicadas con base en los estándares legales y constitucionales dispuestos para el efecto, so pena su nulidad; (v) a que el funcionario que conduce la actuación decreta y practique de oficio los elementos probatorios necesarios para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (Arts. 2 y 228 C.P.); y finalmente, señala el máximo tribunal que la finalidad de esta recolección probatoria es que se evalúen por el juzgador aquellas que se allegaron al proceso. (vi) a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso¹.*

DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

El debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el

¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-163 de 2019.



legislador, esto con el objeto de garantizar a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa².

Por su parte, la Corte Constitucional, ha advertido sobre el debido proceso lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) **el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario**, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Lo subrayado es nuestro)

Teniendo en cuenta la naturaleza del principio constitucional del debido proceso, las características del mismo, se puede apreciar que en consonancia con los lineamientos de la Corte Constitucional advierte sobre la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, como se trata de un Órgano de Control, sería entonces la autoridad administrativa de la contraloría quien en actuaciones debe verificar si esta incurriendo en inobservancia de la Ley en podría viciar el proceso o la actuación administrativa según el caso e incurriendo quizás en posibles faltas de las cuales debe verificar la administración.

² Consejo de Estado, Sentencia 2014-02189 de 2019



Por tal razón, quien actúa en desde la actuación de un cargo público debe estar al frente de sus competencias, limitaciones, inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses en las que pueda incurrir el servidor público.

En esa misma dirección sin duda alguna limita a los funcionarios que ejercen la función coercitiva, y describe en que escenarios debe apartarse del proceso y frente a cuáles circunstancias:

SOBRE LOS IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

La ley 610 de 2000 mediante la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías indica en su artículo 34:

Causales de impedimento y recusación. Son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal

A su vez el artículo 11 de la ley 1437 de 2011 por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece en su artículo 11 que todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por cualquiera de las circunstancias señaladas dentro de las que se incluye en el numeral 2º la de haber conocido del asunto en oportunidad anterior.

ARTÍCULO 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

(...)

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

Las normas citadas nos obligan a limitarnos en nuestras actuaciones, lo que significa, que quienes actúan en las actuaciones administrativas y/o judiciales, deben tener de presente estas causales revisadas en este acápite, con la finalidad de evitar que puedan permear de nulidad la actuación administrativa y/o judicial en las que puedan incurrir. No se trata de una potestad del servidor público, sino una prohibición legal que debe tenerse en cuenta en nuestras actuaciones como servidores públicos.

DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con lo anterior, me permito en los siguientes términos dar respuesta a la inquietud planteada:

Como se comentó en párrafos anteriores, las contralorías territoriales son organismos de control y ejercen una acción coercitiva dentro de los procesos de su competencia, la ley 610 de 2000 establece los lineamientos mediante los cuales se surten las etapas procesales al interior de las indagaciones que con este propósito realizan las contralorías departamentales.

Por lo anterior, todo lo que se surte al interior de un proceso de responsabilidad fiscal está directamente relacionado con garantías de alcance constitucional como el debido proceso, pues así lo ha señalado de tiempo atrás la jurisprudencia y la ley, dentro de estos procesos se debaten circunstancias fácticas y probatorias que determinan o no la responsabilidad de las personas y el resultado se determina a través de un fallo.

Sobre los comités es importante tener en cuenta que la creación, conformación, reglamentación y funcionamiento de los mismos es determinado a través de un acto administrativo al interior de las Entidades. Por ello, en el supuesto planteado se debe verificar si el jefe o Director de Responsabilidad fiscal conforma el comité que tiene por objetivo estudiar, revisar, analizar y aprobar la viabilidad o no de un hallazgo.

Con este escenario de fondo y de acuerdo con el supuesto planteado por el ciudadano JUAN CARLOS FLOREZ, es necesario revisar los posibles escenarios y establecer si en el desarrollo de la actividad ejercida por el jefe o Director de Responsabilidad Fiscal de la entidad se encuentra hacer parte o no de los servidores que conforman el comité creado con el objetivo de estudiar, revisar y aprobar la viabilidad o no de un hallazgo.

En caso que el acto administrativo contemple que dicho director hace parte de los miembros de dicho comité, se podría llegar a inferir que éste podría incurrir en la causal establecida por el numeral 2º del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 por haber conocido del asunto en una oportunidad anterior.

En principio el director de responsabilidad fiscal podría ser designado para conformar o hacer parte de un comité creado al interior de la entidad, que tiene como objetivo principal el de estudiar, revisar, analizar y aprobar la viabilidad o no de un hallazgo, sin embargo, este mismo servidor público, no podría adelantar la investigación, porque podría estar incurso en alguna causal de impedimento o recusación.



Lo que podría hacer la entidad, es designar a un servidor que no tengan que adelantar alguna actuación administrativa o de investigación para así evitar situaciones administrativas que pudiera generar vicios en las actuaciones que se adelantan por el órgano de control.

Así las cosas, y como se mencionó en antecedente, la ley tiene limitaciones para quienes adelantan estos procesos, es decir, que los funcionarios encargados de cualquiera de las etapas dentro de estos procesos están obligados a observar de forma estricta lo regulado por el artículo 34 de la ley 610 de 2000 y a su vez lo que indica el artículo 11 de la ley 1437 de 2011, frente a las causales de impedimento y recusaciones y de forma concreta a todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por haber conocido del asunto, en oportunidad anterior.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'**» (Resaltamos en negrilla)

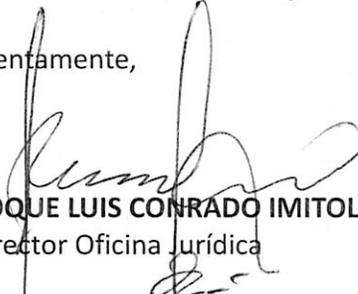
Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web



www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña **a65e3b3a**. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

| | Nombre y Cargo |
|-----------------|--|
| Proyectado por: | Manuel Vicente Villanueva – Asesor Externo AGR |
| Revisado por: | Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica |
| Aprobado por: | Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica |

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.

