

Bogotá D.C.,
110.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202401555
Fecha: 4 de junio de 2024 02:32:37 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: JHANJURIDICO@GMAIL.COM

Doctor

JHAN CARLOS SANTIAGO VARGAS

Contraloría del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina
Correo electrónico: jhanjuridico@gmail.com

Referencia: Concepto: 110.047.2024
SIA-ATC No. 012024000412.

1. *Del proceso administrativo sancionatorio fiscal (PASF)*
2. *Efectos jurídicos de la Sentencia C-209 de 2023 en el trámite de los PASF.*
3. *Del saneamiento de las irregularidades en la actuación administrativa.*

Estimado Doctor Santiago Vargas:

La Auditoría General de la República, recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 02 de mayo de 2024, radicado bajo el SIA-ATC No. 012024000412 (Código interno 2101-202400341), en el que hace la siguiente consulta:

«(...)

Si una Contraloría departamental expidió un auto de apertura y formulación de cargos en proceso administrativo sancionatorio el 31 de diciembre de 2023, fecha para la cual ya La Corte constitucional había ordenado la reviviscencia de artículos de la ley 42 de 1993, al haber declarado INEXEQUIBLES los artículos 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87 y 88 del Decreto Ley 403 de 2020, mediante Sentencia C-209-23 de 7 de junio de 2023, Magistrada Ponente Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera., en base (sic) a eso la apertura y formulación de cargos debió realizarse en base (sic) a los artículos revividos por la figura de la es decir aplicar al formulación de cargos en base (sic) a los artículos de la ley 42 de 1993 o el proceder fue el adecuado al formular cargos con una norma decreto 403 que para diciembre de 2023 ya había sido declarada inexecutable, la fecha ocurrencia de la conducta que se reprocha sancionable ocurrió en 2022».

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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 ente 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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una 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»¹, 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, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

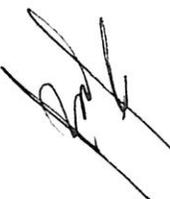
Teniendo en cuenta lo anterior y con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto, resaltándose que el criterio respecto al tema planteado y no se puede entender como la determinación de una decisión administrativa.

1. DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FISCAL (PASF)

La facultad y/o potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, está establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, en el que se le asigna, la función de: «(...) establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, **imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.** (...)», dicha competencia fue extendida por misma norma Superior a las contralorías territoriales en consonancia con lo previsto en el inciso sexto del artículo 272, cuyo tenor indica: «**Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad** (...)» (Negrilla fuera del texto).

En este contexto el proceso administrativo sancionatorio de carácter fiscal (en adelante PASF), de conocimiento de los órganos de control fiscal, se rige por normas especiales

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



que regulan la materia y de manera supletoria por las disposiciones de la parte primera del Título III, Capítulo III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011-. Así mismo, en los aspectos no regulados por el CPACA, se seguirá el Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), siempre y cuando sea compatible con la naturaleza de los procesos y de las actuaciones que correspondan, lo anterior de conformidad con el artículo 306² de la Ley 2080 de 2021³

Así las cosas, la Ley 42 de 1993 «*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*» como norma especial para el PASF reguló este acápite en su capítulo V SANCIONES, en sus artículos 99-104⁴ desarrolla ampliamente el marco legal del PASF en relación con su trámite administrativo, tipo de sanciones, las causales de conductas sancionables, criterios y graduaciones para fijar imposiciones de sanciones, entre otros aspectos importantes para el mencionado trámite administrativo.

En línea con el artículo 101 de citada ley 42, tenemos que la Ley 1474 de 2011⁵ otorgó, de manera expresa, competencias a los órganos de control fiscal que les permiten exigir información, con el propósito de fortalecer las funciones de vigilancia y control fiscal, dicho Estatuto Anticorrupción incluyó unas nuevas causales sancionables previstas en el párrafo 2⁶ del artículo 114 en coordinación armónica con el inciso segundo del artículo 117, ambas disposiciones son aplicables al PASF de conocimiento de los entes de control. Dicho Estatuto, también introdujo nuevos sujetos pasivos al PASF, tal y como lo preceptúa el mencionado artículo 114, en el sentido que los organismos de control fiscal, podrán citar o requerir no solamente a los servidores públicos sino también a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido de los hechos materia de investigación en el proceso de responsabilidad fiscal

A su vez, la Ley 2080 de 2021, introdujo una serie de modificaciones y adiciones al Capítulo del «PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO» de la Ley 1437 de 2011 desarrollando precisiones normativas específicas para los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales, normas que por tener carácter especial para el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, dejan de ser supletorias y se tornan en normas especiales en el marco de PASF.

² ASPECTOS NO REGULADOS: «*En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*».

³ Por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁴ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-209-23 ordena la reviviscencia de este artículo, al haber declarado INEXEQUIBLES los artículos 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87 y 88 del Decreto Ley 403 de 2020.

⁵ «*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*».

⁶ **PARÁGRAFO 2º** La no atención de estos requerimientos genera las sanciones previstas en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993. En lo que a los particulares se refiere, la sanción se tasará entre cinco (5) y diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.



Es pertinente resaltar, que la norma en citada en líneas anteriores, fijó la regulación de la suspensión provisional en el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, facultad exclusiva de la Contraloría General de la República, adicionalmente estableció reglas especiales en materia de recursos en el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal.

De general y/o supletiva, el legislador estableció el proceso administrativo sancionatorio, enmarcado en las disposiciones de la parte primera Título III, Capítulo III artículos 47 al 52 del CPACA, que reguló taxativamente aspectos del trámite procedimental en general, en relación a la naturaleza jurídica del proceso administrativo sancionatorio, formulación de cargos, graduación de las sanciones, notificaciones, así como también estableció los lineamientos para la presentación del escrito de descargos de los implicados, caducidad de la facultad sancionatoria, entre otros aspectos a tener cuenta.

2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA C-209 DE 2023 EN EL TRÁMITE DE LOS PASF:

Respecto del expediente No. D-14857, la Corte Constitucional analizó la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 78 a 88 del Decreto Ley 403 de 2020, «[p]or el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal» y se pronunció mediante la sentencia C-209 de 2023⁷, donde finalmente la alta corporación resolvió:

«(...)

PRIMERO. Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** de los artículos 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87 y 88 del Decreto Ley 403 de 2020.

SEGUNDO. Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA**, por el cargo analizado, de los artículos 83 y 84 del Decreto Ley 403 de 2020, en el entendido de que la sanción de suspensión únicamente podrá aplicarse por la Contraloría General de la República, y no por la Auditoría General de la República, con excepción de los numerales primeros de tales artículos, que se declaran **INEXEQUIBLES**.

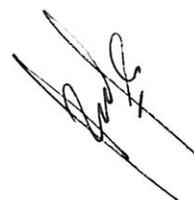
TERCERO. DISPONER la reviviscencia de los artículos 99 a 104 de la Ley 42 de 1993 y del segundo párrafo del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011 (...)

Seguidamente, mediante comunicado oficial de Prensa No.19 de junio 7 y 8 de 2023⁸, la Corte Constitucional divulgó la decisión que tomó ese Tribunal en lo concerniente: «Finalmente, atendiendo el objetivo de conjurar la aparición de un vacío normativo que pudiera obstaculizar el ejercicio del control y la vigilancia fiscales, lo que perjudicaría significativamente la salvaguarda de los recursos del Estado, la Sala Plena estimó necesario disponer la reviviscencia de los artículos 99 a 104 de la Ley 42 de 1993 y del segundo párrafo del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011».

⁷ Fecha Decisión: siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023).

⁸ Publicado en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2019%20Jun%207%20y%208%20de%202023.pdf>



Teniendo en cuenta que la decisión fue tomada en sesión de la Sala Plena de la Corte Constitucional del día 7 de junio de 2022, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 64 de la Ley 270 de 1996⁹ y, entre otras, la sentencia T-832 de 2003 (M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO), sus efectos y consecuencias jurídicas se producen desde el día siguiente al que la decisión fue tomada por la Sala siempre que haya sido divulgada por medios ordinarios conocidos para tal fin¹⁰

Aclarado lo anterior, tenemos en primera medida que los PASF donde el operador jurídico avocó conocimiento y se inició la respectiva actuación en vigencia del Decreto Ley 403 de 2020 y el mismo proceso fue terminado con sanción en firme y debidamente ejecutoriada antes del 9 de junio del 2023, dicha actuación administrativa goza de toda su validez y presunción de legalidad, en términos del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior sin perjuicio del principio de favorabilidad.

En un segundo plano jurídico, tenemos que los procesos administrativos sancionatorios fiscales, que se surtan despuesta del 9 de junio del 2023 (fecha técnica de ocurrencia de los hechos), se le aplicara la figura de la reviviscencia de la Ley 42 de 1993, el artículo 114 de Ley 1474 de 2011, y los artículos 83 y 84 (parciales) del Decreto Ley 403 de 2020.

En tercer momento procesal, respecto a las actuaciones actualmente en trámite, iniciadas en vigencia de los artículos 78 a 88 del Decreto Ley 403 de 2020, por hechos ocurridos antes del 9 de junio de 2023, tendrá que realizarse un ejercicio de análisis de legalidad y favorabilidad a partir del 9 de junio de 2023, por efecto de la aplicación de la Sentencia C-209 de 2023, en todo caso, es el operador jurídico el competente para analizar al detalle los supuestos de tiempo, modo y lugar manera individual y concreta.

Ahora bien, vale la pena aclarar, que las normas especiales «PASF» previas antes de la vigencia de la Ley 403 de 2020, ya habían tipificado administrativamente varias causales y/o sanciones a saber, las cuales están contenidas en los artículos 99, 100, 101 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, en desarrollo del numeral 5 del artículo 268, y el numeral 17 del artículo 267 Constitucional, toda vez que son consideradas causales administrativos generales y en esencia contienen similitud y/o parecido con descripciones legales con las que recopiló y desarrollo en su debido momento el Decreto Ley 403 de 2020, por consiguiente no hay cambio que impacte significativamente el PASF de competencia de los órganos de control fiscal, en todo caso el mencionado Decreto Ley 403 carece actualmente de fuerza coercitiva en nuestro ordenamiento jurídico y tal medida no se podrá hacer aplicar debido a la declaratoria de su inexecutableidad.

3. DEL SANEAMIENTO DE LAS IRREGULARIDADES EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

⁹ «ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA»

¹⁰ Sentencia C-973 de 2004, M R. Rodrigo Escobar Gil



El artículo 41 del CPACA establece la figura del saneamiento de irregularidades de las actuaciones administrativas, así:

«**ART. 41°** La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.»
(Subrayas fuera del texto)

Sobre el artículo que antecede, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-067 del 24 de febrero de 2022, se pronunció recientemente en los siguientes términos:

«(...) La corrección de irregularidades de la actuación administrativa es la herramienta otorgada legalmente a las autoridades para «enmendar los defectos y las vicisitudes que se presenten en el transcurso de una actuación administrativa» y tiene por objeto «asegurar que las decisiones finales, que se consignan en los actos administrativos definitivos, sean el resultado de actuaciones congruentes con las exigencias del ordenamiento jurídico»

(...)

las reglas que regulan el ejercicio de la facultad conferida en el artículo 41 del CPACA, son las siguientes: (i) la corrección procede a petición de parte o de oficio, (ii) la medida puede ser adoptada en cualquier momento anterior a la expedición del acto, (iii) su objeto consiste en asegurar que la actuación sea conforme a derecho y (iv) debe estar acompañada de las medidas necesarias para su conclusión efectiva.

Ahora, existe un elemento de carácter temporal en cuanto a la oportunidad para ejercer la facultad de corrección de la actuación administrativa, que según el artículo 41 del CPACA, es «*cualquier momento anterior a la expedición del acto*», lo que implica establecer a qué clase de «acto» se refiere la norma, cuya expedición es el límite para hacer uso de ese mecanismo legal»

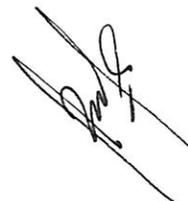
A reglón seguido, la misma Corporación en la sentencia *ibídem* ha sostenido que: «el artículo 41 de la Ley 1437 permite la abrogación y la modificación de los actos administrativos de trámite que sean expedidos antes de la expedición del acto definitivo», agregando que «de tal suerte, en atención a que el ejercicio de esta facultad únicamente acarrea la alteración de actos de trámite, no requiere el consentimiento de las personas que toman parte en la actuación administrativa»

En ese contexto, lo que se permite corregir es la actuación administrativa, concepto definido por la doctrina como «la etapa en la que se examina y se decide un asunto propio de la función administrativa, sea de interés general o de interés individual, que ha sido planteado a una autoridad o que esta ha asumido oficiosamente, y por consiguiente en la que se gesta y nace el acto administrativo» (Berrocal, 2016, p. 389)¹¹

El doctrinante **JUAN MANUEL LAVERDE ÁLVAREZ**, en su obra denominada: «*Manual de procedimiento sancionatorio*» abordó el tema del saneamiento de la actuación, en los siguientes apartes:

«Si se advierte una irregularidad procedimental, es decir, adjetiva, la Administración está en el deber de corregirla en sede administrativa utilizando las herramientas de saneamiento que

¹¹ BERROCAL GUERRERO Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Séptima Edición, 2016, p. 389.



trae el CPACA. La omisión de este deber hará que los ciudadanos demanden las decisiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del acto, (...) . . .

«La interpretación sistemática del artículo 41 y del principio de eficacia lleva a sostener que vicios como la falta de competencia o las transgresiones al debido proceso constitucional no puede ser objeto de corrección por las autoridades y lo procedente en estos casos es dejar si efectos la actuación y retrotraerla al estado anterior a la ocurrencia del vicio».

Respecto del tema «De las irregularidades en el proceso administrativo sancionatorio fiscal» este Despacho se pronunció recientemente en el Concepto No. 110.042.2023 / SIA-ATC. 012023000305, del cual es extrae la siguiente conclusión:

«(...) De acuerdo con lo anterior, la corrección de irregularidades procede en el proceso administrativo para evitar entre otras cosas, el posible acaecimiento de nulidades respecto de los actos administrativos que antecedan al acto administrativo definitivo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es dable concluir que dentro del trámite administrativo sancionatorio fiscal al evidenciarse una posible irregularidad la entidad de oficio o la parte interesada podrá solicitar a la administración corrija con fundamento en el citado artículo 41 del CPACA, a fin de que sean tomadas las medidas necesarias en aras de lograr una efectiva subsanación del yerro si a ello hubiere lugar»

Lo anterior cobra relevancia cuando las autoridades administrativas aplican en estricto sentido el principio constitucional de eficacia, que rige la función pública (Art. 209 C.P.), en consonancia con el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 cuya teleología propende porque las autoridades busquen: «que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa».

En ese orden de ideas, se observa que las deficiencias y/o vicios procedimentales acontecidas en el marco del PASF, pueden tramitarse en la forma y oportunidad prevista por el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 bajo la figura: «corrección de irregularidades de la actuación administrativa», a fin de corregir ajustar la actuación administrativa respectiva.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. 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»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/quest/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: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., 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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña: **1cb28f77**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,


ROQUE LUIS CONTRADO IMITOLA
 Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Aprobado por	Roque Luis Conrado Imitola
<i>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.</i>	