

20211100018491

Radicado No: 20211100018491

Fecha: 11-06-2021

Bogotá,
110

Señor

RAMIRO REYES GARZÓN

Carrera 30 No. 26-31 Bloque C Apto. 202

Bogotá D.C.

regario3@yahoo.es

Referencia: Concepto 110.035.2021

SIA-ATC. 012021000329

1. De la indagación preliminar fiscal.
2. De los términos procesales y su suspensión.
3. De la delegación de funciones.

Señor Reyes Garzón:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio del 25 de abril de 2021, allegado a través de correo electrónico de la misma fecha, el cual fue radicado bajo el SIA-ATC. 012021000329, en el que consulta:

Por medio de la presente, me permito solicitar se emita concepto jurídico, si la Indagación Preliminar, está incluida dentro del proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva, disciplinarios y administrativos sancionatorios fiscales, estando o no, en Emergencia Sanitaria a nivel Bogotá.

Laboro en una entidad pública, donde está centralizada la Indagación Preliminar en una Dirección llamada: DRI (dirección de reacción inmediata), a su vez en esta entidad, las direcciones sectoriales también realizan Indagaciones Preliminar. Tiene la Indagación Preliminar realizada en las Direcciones Sectoriales, el mismo valor jurídico y los mismos derechos y obligaciones estando o no en Emergencia Sanitaria a nivel Bogotá. ¿Para efectos de suspensión de términos?

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 dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a 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 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).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico 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, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente.

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.

1. De la indagación preliminar fiscal

La indagación preliminar fiscal se encuentra establecida en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000 *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, modificado y adicionado por el artículo 135 del Decreto-Ley 403 de 2020 *“Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”*, en los siguientes términos:

Artículo 39. Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, prorrogables por un término igual mediante auto motivado, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal ordinario o apertura e imputación en el proceso verbal.

La indagación preliminar tendrá por objeto 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.

Parágrafo 1°. Previo a la apertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del asunto, mediante acto motivado, cuando del análisis del mismo se evidencie la caducidad de la acción fiscal o se determine la inexistencia de daño al patrimonio público.

La decisión de archivo previo será comunicada a la entidad afectada ya la autoridad que originó el antecedente respectivo. Contra dicha decisión no procede recurso alguno.

Parágrafo 2°. Cuando la autoridad que adelanta la indagación preliminar es la misma que debe dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal, deberá proferir auto de cierre de la indagación preliminar, debidamente motivado y soportado probatoriamente, y a la mayor brevedad el auto de apertura del proceso. Si la decisión es de archivo, proferirá auto de archivo de la indagación preliminar.

Parágrafo 3°. En caso de que la autoridad que adelanta la indagación preliminar sea diferente a aquella a la que le corresponde adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, deberá trasladar las diligencias mediante oficio motivado y soportado probatoriamente al operador competente, para que, si hay lugar a ello, decida sobre el inicio del proceso de responsabilidad fiscal o el archivo de la actuación según corresponda.

De la norma transcrita se obtiene que la indagación preliminar fiscal procede cuando no existe certeza sobre: i) la ocurrencia del hecho; ii) la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento; iii) la entidad afectada; y iv) la determinación de los presuntos responsables. Así mismo, que para su trámite se cuenta con un término de seis meses prorrogable por otro tanto previa justificación; y que el resultado de la misma solo puede ser: i) el archivo de la investigación, o ii) la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La Corte Constitucional en sentencia C-840 del 09 de agosto de 2001, respecto a la indagación preliminar en el proceso de responsabilidad fiscal, se refirió en los siguientes términos:

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. (...)

(...)

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantía de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. Lo cual no releva a las contralorías de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610.

Postura que fuere ratificada en la sentencia C-382 del 23 de abril de 2008, en la que además se dijo:

También ha resaltado la jurisprudencia, que el proceso mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal cuenta con una sola fase, lo que contribuye a evitar dilaciones injustificadas en este tipo de actuaciones administrativas, y que el mismo se inicia formalmente sólo a partir de la expedición del auto de apertura. Por esta razón, la indagación preliminar, aun cuando puede coadyuvar a la verificación de la conducta que afecta el patrimonio público y a la identificación de su autor, en estricto sentido no hace parte integral del proceso de responsabilidad fiscal. De ahí que en aquellos casos donde a través de la indagación preliminar no se puedan verificar los presupuestos señalados en el artículo 39 de la Ley 610, la consecuencia inmediata es el archivo de la actuación, negándose el paso al proceso de responsabilidad fiscal.

(...)

(...) Esta última, la indagación preliminar, es entonces una etapa previa a la apertura formal del proceso, la cual se decreta, hasta por un término de seis (6) meses, cuando no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, y que concluye con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Si se acredita la existencia de un daño patrimonial al Estado, y existen indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se procede a ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dando paso a la etapa de instrucción o investigación, 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.

2. De la indagación preliminar en el proceso disciplinario

La Ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece:

Artículo 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo.

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses.

Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados.

La indagación preliminar no podrá extenderse a hechos distintos del que fue objeto de denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos.

Parágrafo 1º. Cuando la información o queja sea manifiestamente temeraria o se refiera a hechos disciplinariamente irrelevantes o de imposible ocurrencia o sean presentados de manera absolutamente inconcreta o difusa, el funcionario de plano se inhibirá de iniciar actuación alguna.

Parágrafo 2º. Advertida la falsedad o temeridad de la queja, el investigador podrá imponer una multa hasta de 180 salarios mínimos legales diarios vigentes. La Procuraduría General de la Nación, o quienes ejerzan funciones disciplinarias, en los casos que se advierta la temeridad de la queja, podrá imponer sanciones de multa, previa audiencia del quejoso, por medio de resolución motivada contra la cual procede únicamente el recurso de apelación que puede ser interpuesto dentro de los dos días siguientes a su notificación.

Teniendo en cuenta las competencias constitucionales y legales de la Auditoría General de la República, así como las referentes a este Despacho, y en razón a que usted solo pregunta en su consulta si la indagación preliminar hace parte del proceso disciplinario, este Despacho se limitará a responder a esta pregunta indicando que la norma transcrita se encuentra en el título noveno que trata del procedimiento ordinario, de la que se desprende que es aplicable en caso de duda sobre la procedencia de la investigación preliminar, conminándolo a que si requiere profundizar al respecto, debe dirigirse a la Procuraduría General de la Nación, que es el ente rector en materia disciplinaria.

Así las cosas y de acuerdo a la normatividad anotada, le podemos responder que efectivamente en la actuación disciplinaria se consagra la indagación preliminar dentro del *Título IX Procedimiento Ordinario*, artículo 150 de la Ley 734 de 2002.

3. De los términos procesales y su suspensión

La Ley 1474 de 2011 “*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*”, determina:

Artículo 107. Preclusividad de los plazos en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal. Los plazos previstos legalmente para la práctica de las pruebas en la indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La práctica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho término no podrá exceder de un año.

La Corte Constitucional en sentencia de tutela T-546 del 23 de noviembre de 1995, respecto de los términos procesales dijo:

Los términos procesales constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley, o el juez, a falta de señalamiento legal, establecen para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia.

La actividad procesal está planeada para cumplirse en momentos determinados y preclusivos con el fin de asegurar su continuidad ordenada, al punto que un acto no resulta posible si no se ha superado la

oportunidad en que debe ejecutarse otro anterior, y así sucesivamente, pero una vez clausurada cada etapa se sigue inexorablemente la siguiente, aunque se hayan omitido las actividades señaladas para esa ocasión. Desde este punto de vista, el proceso es un sistema de ordenación del tiempo dentro del cual los diferentes sujetos procesales deben cumplir las actividades requeridas por la ley, las cuales constituyen actos preparatorios para la resolución de las pretensiones de las partes, a través de la sentencia.

Como lo anota el tratadista Jaime Guasp[1], los términos hacen parte del sistema de ordenación del proceso, o sea, "de aquel conjunto de actividades procesales de desarrollo que se proponen, no tanto aportar al juez los instrumentos específicos que éste necesita para el fallo, cuanto gobernar, esto es, preparar, disponer y conservar aquella aportación: ordena, y de ahí su nombre, más que instruye el fondo del proceso".

Igualmente hay que considerar que la oportuna observancia de los términos judiciales, en cuanto garantiza la celeridad, la eficacia y la eficiencia de la administración de justicia, y hace operante y materializa el acceso a la justicia, al hacer efectivo el derecho a obtener la pronta resolución judicial, se integra al núcleo esencial del derecho al debido proceso.

(...)

La mora injustificada afecta de modo sensible el derecho de acceso a la administración de justicia, porque éste se desconoce cuando el proceso no culmina dentro de los términos razonables que la ley procesal ha establecido, pues una justicia tardía, es ni más ni menos, la negación de la propia justicia.

(...)

Y en cuanto al tema de la justificación de la mora judicial, la Corte también se ha pronunciado señalando que ésta sólo es legítima frente a la presencia de situaciones procesales, sobrevinientes e insuperables, no obstante una actuación diligente y razonable[4]. Dijo la Corte:

"En armonía con lo establecido anteriormente, el artículo 228 de la Constitución Política determinó que los términos procesales deben observarse con diligencia, a tal punto que su incumplimiento puede ser sancionado.

Pero es cierto que, tanto las normas constitucionales como los preceptos legales consagran el derecho a un proceso público sin injustificadas dilaciones, se abre camino a la posibilidad de que se presenten acontecimientos específicos y por demás justificados que impidan al funcionario mantenerse bajo los términos procesales que le señala la ley.

Tal conducta omisiva sólo puede ser aceptable en aquellos casos en los que el Estado, a través de sus funcionarios, actúa de manera diligente y razonable y no obstante enfrentado a eventos que le sobrepasan en el control de los términos a los que está sujeto, implicando no un quebrantamiento del núcleo esencial del derecho, sino más bien una prolongación del mismo, en procura precisamente de que se profiera una decisión acorde con la finalidad que exige el concienzudo conocimiento, análisis e imparcialidad de la administración de justicia.

Reiterándose, claro está, de manera vehemente que estas excepcionales situaciones no pueden desdibujar el postulado general de pronta y recta administración de justicia, sino que, previa su comprobación, deben valorarse en su justo alcance".

Como corolario de lo expresado se puede concluir, que la diligencia en el ejercicio de la actividad judicial es un postulado constitucional y su omisión sólo puede justificarse cuando median circunstancias de tal magnitud que, a pesar de la diligente y razonable actividad del juez, no son posibles de superar, de modo

que a pesar de la actitud diligente y del deseo del juzgador los términos legales para impulsar el proceso y decidir en oportunidad se prolongan en el tiempo.

En más reciente decisión, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-297 del 07 de abril de 2006, sobre el tema dijo:

La Corte ha señalado que de los postulados constitucionales se sigue el deber de todas las autoridades públicas de adelantar actuaciones y resolver de manera diligente y oportuna los asuntos sometidos a ella. En ese sentido, la dilación injustificada y la inobservancia de los términos judiciales o administrativos pueden conllevar la vulneración de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración en general, y a la administración de justicia en particular. Es entonces la noción de plazo razonable central para determinar si, en el caso concreto, el derecho al debido proceso, en tanto garantía de recibir decisión oportuna de la autoridad administrativa, ha sido vulnerado.

Así, la violación del debido proceso derivada de la dilación o mora de la autoridad, depende del carácter injustificado en el incumplimiento de los términos. En este sentido constituye una violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, aquella denegación o inobservancia de los términos procesales que se presenten sin causa que las justifiquen o razón que las fundamenten[12].

(...)

En conclusión, puede afirmarse que, de conformidad con la doctrina sentada por esta Corporación, la mora judicial o administrativa que configura vulneración del derecho fundamental al debido proceso se caracteriza por: (i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente; (ii) que la mora desborde el concepto de plazo razonable que involucra análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento; (iii) la falta de motivo o justificación razonable en la demora.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre de 2009 dentro de la Radicación 25000-23-27-000-2004-92213-01(16482), respecto de los términos procesales, dijo:

(...) Ahora bien, en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A. como el C.P.C. Así esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente.

Posición reiterada por la misma Sección en la sentencia del 11 de noviembre de 2010 dentro de la Radicación 76001-23-31-000-2005-02540-01(17283), así:

Conforme con la doctrina judicial citada, la ley puede regular términos preclusivos y términos perentorios. Los términos perentorios son obligatorios, pero su incumplimiento no invalida la decisión. Cosa distinta ocurre con los términos preclusivos, en la medida que son obligatorios, pero su incumplimiento conlleva las consecuencias que el legislador ha previsto, esto es, la falta de competencia para decidir, y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado.

En cuanto a la suspensión de los términos procesales, la Ley 610 de 2000 en el artículo 13 modificado por el artículo 129 del Decreto-Ley 403 de 2020, establece:

Artículo 13. Suspensión de términos. El cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación hasta la comunicación de la decisión correspondiente, o por la proposición de conflicto de competencias hasta el momento en el cual el funcionario a quien se le remite asuma el conocimiento del asunto o el conflicto sea resuelto y comunicado.

En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente de su expedición y contra el cual no procede recurso alguno.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 18 de octubre de 2019 dentro de la Radicación 68001-23-31-000-2011-01021-01, dijo respecto al tema:

De la suspensión de los términos en el proceso de responsabilidad fiscal

76. Visto el artículo 13 de la Ley 610 sobre suspensión de términos que señala que el cómputo de los términos se suspenderá en los siguientes eventos: i) de fuerza mayor o caso fortuito y ii) por el trámite de una declaración de impedimento o recusación. Asimismo, la citada norma señala que la suspensión y reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite y se notificará por estado el día siguiente, contra el cual, no procederá recuso alguno.

77. En relación con la fuerza mayor, el caso fortuito, esta Sección ha señalado que visto el artículo 1.º de la Ley 95 de 2 de diciembre de 1890 “[...] se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc [...]”.

78. En la citada sentencia se indicó que, conforme a su definición para que la fuerza mayor se configure, es necesario que se encuentren acreditados sus tres elementos constitutivos, esto es, que sea: i) externo; esto es, que está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor; ii) irresistible; esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho y iii) imprevisible; cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.

79. A su vez, se indicó que el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad, puede ser desconocido y

permanecer oculto.

80. La Corte Constitucional en la sentencia SU-498 de 14 de septiembre de 2016, determinó que los eventos que afectan la prestación continua del servicio, esa circunstancia tendría efectos en derecho, en aplicación de la doctrina del caso fortuito y la fuerza mayor, de acuerdo con la cual no se pueden derivar consecuencias adversas ante la presencia de circunstancias que impidan material o físicamente el cumplimiento de las cargas procesales.

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia transcrita podemos concluir que, la “*emergencia sanitaria*” decretada por el Ministro de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, prorrogada mediante las Resoluciones 844, 1462 y 2230 de 2020, 0222 y 738 de 2021, con el objeto de atender las recomendaciones dadas por la Organización Mundial de la Salud – OMS y del gobierno nacional y los gobiernos territoriales para enfrentar la pandemia del COVID19, siendo una de ellas el distanciamiento físico, se constituye en una razón de fuerza mayor para la suspensión de términos en las actuaciones de las indagaciones preliminares y de los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva, administrativo sancionatorios y disciplinarios internos en los organismos de control fiscal.

El Presidente de la República en uso de facultades constitucionales derivadas de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional decretada mediante los Decretos Legislativos 417 del 17 de marzo de 2020 y 637 del 6 de mayo de 2020, y teniendo entre otras consideraciones la declaratoria de la emergencia sanitaria decretada por el Ministro de Salud y Protección Social mediante los actos administrativos relacionados en párrafo anterior, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes en todo el territorio nacional, mediante los Decretos Legislativos 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril de 2020, 593 del 24 de abril de 2020, 636 del 6 de mayo de 2020, 689 del 22 de mayo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020, 878 del 25 de junio de 2020, 990 del 9 de julio de 2020 y 1076 del 28 de julio de 2020; actos legales que igualmente se enmarcan dentro de las razones de fuerza mayor para efectos de la suspensión de términos procesales y de las actuaciones administrativas.

Derivado de la declaratoria de emergencia contenida en el Decreto Legislativo 417 de 2020, el Presidente de la República expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en el que se establece:

Artículo 6. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. La suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años.

La suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa

evaluación y justificación de la situación concreta.

En todo caso los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Durante el término que dure la suspensión y hasta el momento en que se reanuden las actuaciones no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia. (...)

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, refiriéndose al contenido del artículo 6º, en la que lo encontró conforme a la Constitución anotó en su sentencia C-242 del 9 de julio de 2020:

6.148. En esta ocasión, esta Corporación evidencia que la autorización de suspensión de términos contemplada en el artículo 6º del Decreto 491 de 2020 supera la mencionada exigencia de proporcionalidad, porque persigue una finalidad legítima desde una perspectiva constitucional, como lo es superar de forma racional las afectaciones causadas al desarrollo de las distintas actividades a cargo de las autoridades debido a las restricciones implementadas para enfrentar la pandemia originada por el coronavirus COVID-19 y, en este sentido, cumplir con el mandato superior de prestar los servicios de forma adecuada, continua y efectiva.

6.149. En este sentido, la Corte estima que la posibilidad de suspender los términos por parte de las autoridades también debe entenderse como una habilitación otorgada a la administración para asegurar el derecho al debido proceso de los ciudadanos, pues la misma debe ser utilizada cuando se advierta que la continuación de una actuación en medio de la pandemia puede derivar en escenarios de arbitrariedad por desconocimiento de las garantías que conforman dicha prerrogativa, como ocurriría si una persona manifiesta que no puede hacer uso de su derecho agotar los recursos debido a que no cuenta con el acceso a la documentación necesaria ante las limitaciones sanitarias.

6.150. Asimismo, este Tribunal evidencia que la habilitación para la suspensión de términos es una medida adecuada para cumplir dicha finalidad, puesto que le otorga la posibilidad de interrumpir algunos procesos a las autoridades a fin de que puedan retomar de forma organizada sus actividades teniendo en cuenta: (i) los cambios que deben realizar para implementar el paradigma de virtualidad en sus actuaciones y garantizar que los mismos no se conviertan en una barrera de acceso para los ciudadanos; y (ii) la dificultad logística y técnica que puede implicar en algunos eventos adelantar ciertos procedimientos o actuaciones de forma remota o sin la presencia de los usuarios y los funcionarios en las sedes de las entidades.

6.151. Igualmente, esta Corte considera que la referida medida es necesaria, puesto que para las autoridades del Estado es imposible materialmente realizar durante la emergencia sanitaria sus actuaciones con la misma celeridad con la que las desarrollaban en las condiciones previas ordinarias debido a las restricciones a la presencialidad implementadas por razones sanitarias.

6.152. En efecto, la implementación de directrices como el aislamiento preventivo obligatorio, el distanciamiento social, la prohibición de aglomeraciones, las restricciones para ejecutar ciertas actividades que lleven consigo el contacto personal, entre otras, impiden que las autoridades puedan

hacer uso de la infraestructura física que tienen dispuesta para atender a los usuarios de forma presencial, y que se vean obligadas a utilizar instrumentos y herramientas tecnológicas para cumplir sus funciones, lo cual requiere un lapso razonable de adaptación, mientras fortalecen su capacidad de respuesta a las demandas de la ciudadanía.

6.153. Por último, esta Sala evidencia que la habilitación para suspender los términos de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales en sede administrativa es una medida proporcional, porque a pesar de que afecta la celeridad de los trámites que por mandato superior deben tener los procedimientos, lo cierto es que, en primer lugar, se trata de una medida que no aplica para actuaciones que versen sobre asuntos iusfundamentales, por lo cual solo se puede acudir a dicha figura frente a asuntos de índole legal o reglamentario.

Para el Distrito Capital de Bogotá, la Alcaldesa Mayor limitó totalmente la libre circulación de personas y vehículos en el territorio del Distrito Capital por algunos días mediante los Decretos 090 del 19 de marzo de 2020, 091 del 22 de marzo de 2020, 092 del 24 de marzo de 2020, 106 del 08 de abril de 2020, 131 del 31 de mayo de 2020, 162 de 2020, 169 del 12 de julio de 2020 y 179 del 31 de julio de 2020 entre otros. Igualmente restringió la circulación en algunas localidades mediante los Decretos 132 del 31 de mayo de 2020, 142 del 15 de junio de 2020, 173 del 22 de julio de 2020 y 186 del 15 de agosto de 2020, entre otros.

Con base en los hechos provenientes de la normatividad relacionada en los párrafos anteriores, vemos que, por ejemplo, la Auditora General de la República, decide la suspensión de los términos en las indagaciones preliminares, los procesos de responsabilidad fiscal, de jurisdicción coactiva, sancionatorios administrativos y disciplinarios internos, mediante las Resoluciones Reglamentarias 003, 004 y 005 de 2020. Así mismo y con los mismos fundamentos generales, el Contralor General de la República, hizo lo propio mediante las Resoluciones Reglamentarias 0063, 0064, 0067 y 0069 de 2020.

Términos que fueron reanudados una vez la Entidad respectiva adoptó medidas tendientes a garantizar la continuidad del servicio y la bioseguridad de sus funcionarios, atendiendo las recomendaciones y medidas derivadas de la emergencia sanitaria decretada, así como garantizando el servicio, sea de forma virtual o presencial.

4. De la delegación de funciones

La Constitución Política de Colombia con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019 “Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”, determina:

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que define la ley.

(...)

De acuerdo con la norma constitucional, la función pública de vigilancia y control fiscal se encuentra dada en el nivel nacional y de forma preferente en los demás a la Contraloría General de la República, en el nivel territorial a las contralorías territoriales (artículo 272) y respecto de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, a la Auditoría General de la República (artículo 274).

Para desarrollar el mandato constitucional, el legislador extraordinario profirió el Decreto-Ley 267 de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*, modificado y adicionado por la Ley 2037 de 2018 *“Por el cual se desarrolla la estructura de la Contraloría General de la República, se crea la Dirección de Información, Análisis y Reacción Inmediata y otras dependencias requeridas para el funcionamiento de la Entidad”*, en el cual establece la organización de la Contraloría General de la República asignando a cada una de sus dependencias las funciones correspondientes, dentro de ellas el adelantamiento de los procesos de responsabilidad fiscal, de cobro coactivo y sancionatorios administrativos fiscales, así como el trámite de las indagaciones preliminares, no obstante, autorizó al Contralor General para delegar las funciones de vigilancia y control fiscal. Situación similar hizo el legislador extraordinario respecto de la Auditoría General de la República mediante el Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”* modificado por el Decreto-Ley 403 de 2020.

Respecto de las contralorías departamentales, el legislador asignó en la Ley 330 de 1996 *“Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales”*, la atribución a las Asambleas Departamentales para determinar entre otras, la estructura y funciones de las diferentes dependencias de estos entes de control fiscal.

Para las contralorías distritales y municipales, su organización se encuentra dada por el legislador en la Ley 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* modificada por la Ley 617 de 2000 *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en decisión del 14 de julio de 2016 del recurso de súplica contra el auto que decreta medida provisional de suspensión provisional dentro de la Radicación 110010324000201400453 00, dijo:

Para la Sala, de aceptarse que el Auditor General de la República está imposibilitado para delegar en las dependencias internas de la entidad la competencia que a él le fue asignada, obstruiría el cumplimiento de las funciones propias de la Entidad, pues resulta impensable que el líder máximo de la Institución pueda encargarse de manera personal de gestionarlas. Ello significa que ha de entenderse que cuando la Constitución y la Ley le asignan la función de conocer de los procesos de responsabilidad fiscal, administrativos sancionatorios y de jurisdicción coactiva, tal asignación de competencias se radica en el

órgano o Entidad y, por ende, en las dependencias que integran su estructura orgánica.

La Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, establece:

Artículo 9°. Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

Parágrafo. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.

Respecto del control disciplinario la Ley 734 de 2002, establece:

Artículo 76. Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

Parágrafo 1º. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

Parágrafo 2º. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Parágrafo 3º. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.

Artículo 77. Significado de control disciplinario interno. Cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria.

Conclusiones

De conformidad con la normatividad y conceptualización anotada anteriormente respecto al tema consultado, podemos concluir:

- i) La indagación preliminar fiscal, no hace parte del proceso de responsabilidad fiscal; jurisprudencial y doctrinariamente se tiene como una etapa pre-procesal que tiene por objeto coadyuvar a determinar: 1) la ocurrencia del hecho; 2) la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento; 3) la entidad afectada; y 4) la determinación de los presuntos responsables.
- ii) La indagación preliminar cuenta con un término de seis meses para su trámite, al cabo de los cuales, dependiendo del logro de sus objetivos, sólo procede: 1) el archivo de la investigación, o 2) la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
- iii) La indagación preliminar también se encuentra estatuida dentro de la acción disciplinaria, más no así en los procesos administrativos sancionatorios ni en los procesos de cobro coactivo.
- iv) De conformidad con la ley, los términos para la práctica de pruebas en la indagación preliminar, son preclusivos, es decir, que las pruebas practicadas una vez vencido éste, carecen de todo valor; sin embargo, el término para el trámite de la indagación preliminar – de seis meses - es perentorio, es decir, que la decisión que se tome, sea de archivo o de inicio de proceso de responsabilidad fiscal, es plenamente válido y eficaz.
- v) Por disposición del legislador, los términos procesales y dentro de ellos los correspondientes a la indagación preliminar, solamente podrán suspenderse por: 1) fuerza mayor, 2) caso fortuito, 3) trámite de impedimento o recusación, o 4) por trámite de conflicto de competencias.
- vi) De acuerdo al entendimiento jurisprudencial respecto a la fuerza mayor al tratarse de imprevistos externos imposibles de resistir, se tiene que la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional, así como las medidas derivadas de ella tales como el distanciamiento social, restricción a la movilidad y actividades que impliquen contacto físico, se constituyen en razones de fuerza mayor para la suspensión de términos en las actuaciones administrativas entre ellas la indagación preliminar.

- vii) Teniendo en cuenta que la suspensión de términos anotada en el numeral anterior se da por tres motivos principales: 1) coadyuvar en la contención del virus COVID19 y 2) la deficiente o total falta de herramientas tecnológicas para la atención de los diferentes procesos misionales de las entidades públicas (y de la empresa privada), y 3) la adecuación de la infraestructura física tanto para los funcionarios como para la atención de los usuarios a las nuevas medidas de bioseguridad; el levantamiento de dicha suspensión de términos se ha venido dando en la medida que cada entidad ha establecido medidas de bioseguridad tanto para sus funcionarios como para sus usuarios, se cuente con herramientas tecnológicas que permitan la continuidad del servicio sea de forma virtual o presencial, y se efectúe la adecuación de la infraestructura física. El levantamiento de la suspensión puede ser parcial o total, para uno, varios o todos los procesos de la entidad, lo cual dependerá de las medidas adoptadas para superar total o parcialmente las causas que la originaron y que debieron quedar expresamente consignadas en el acto administrativo de suspensión respetando siempre el principio de proporcionalidad a fin de garantizar el derecho fundamental al debido proceso.
- viii) Por disposición constitucional, la vigilancia y el control fiscal son una función pública – y dentro de ella la indagación preliminar – que ejercen las contralorías del país y la Auditoría General de la República, cada una en su respectiva jurisdicción; la cual está en cabeza del respectivo Contralor o del Auditor General, según el caso, pero que por disposición constitucional, legal y jurisprudencial, puede ser distribuida o delegada en sus diferentes dependencias, conservando plena validez su actuación, exigiéndose únicamente que tal distribución o delegación se encuentre de manera expresa en la ley o en acto administrativo.

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’**”*
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas de urgencia para*

garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

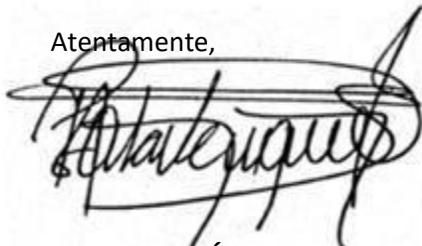
(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

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 a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@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 a424bff7, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

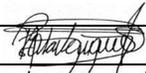
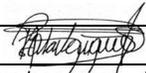
Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		03/06/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		11/06/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		11/06/2021
<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>			