

Ibagué, 13 de julio de 2020.

Señores
Comité de Conciliación
Contraloría Departamental del Tolima
Ibagué - Tolima

Asunto: Concepto jurídico sobre alcance del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal.

Cordial saludo,

De manera muy respetuosa me dirijo a usted con el fin de dar contestación a su solicitud en los siguientes términos:

Concepto Jurídico	013
Tema:	Grado de consulta.
Problema Jurídico:	A través del grado de consulta, el funcionario de conocimiento puede adoptar la decisión sustitutiva de la decisión que revoca o modifica?
Fuentes formales:	Ley 610 de 2000 Decreto Ley 403 de 2020
Precedente	No se invoca

Sobre Este Concepto jurídico:

Conforme al artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, este concepto jurídico no es obligatorio ni vinculante, se trata de una opinión, apreciación o juicio, que sirve como simple elemento de información o criterio de orientación, o como materia de consulta sobre los problemas jurídicos en él planteados.

De allí que la Entidad que lo ha solicitado no está sometida a lo que en él se concluye o se opina, de modo que pueden o no acogerlo, sin que se derive ningún tipo de responsabilidad sobre la entidad que lo emite.

Para emitir este concepto la Dirección Jurídica de la Contraloría Departamental del Tolima seguirá el siguiente procedimiento i) Normativa aplicable al caso y ii) Conclusiones y iii) Respuesta al problema jurídico planteado.

Problema(s) Jurídico(s) Planteado(s).

A través del grado de consulta, el funcionario de conocimiento puede adoptar la decisión sustitutiva de la decisión que revoca o modifica?

I. NORMATIVA APLICABLE AL CASO:

- **Ley 610 de 2000**

Artículo 18. *Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés*

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

- **Decreto 403 de 2020**

ARTÍCULO 132. Modificar el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un defensor de oficio, en desarrollo del cual se podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la primera instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro del término de ocho (8) días siguientes a su notificación, a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurridos dos (2) meses de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso".

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los términos previstos en el presente artículo se aplicarán a los procesos que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley.

ARTICULO 166. Vigencias y derogatorias. El presente Decreto Ley rige a partir de su publicación, adiciona el 148A a la Ley 1437 de 2011; modifica en lo pertinente las normas que le sean contrarias y especialmente el artículo 2, el numeral 8 del artículo 13, numeral 12 del artículo 17, numeral 3 del artículo 21, numeral 6 del artículo 23, numerales 8 y 9 del artículo 24, numeral 2 del artículo 25 y el numeral 2 del artículo 32 del Decreto Ley 272 de 2000; el artículo 105 de la Ley 1421 de 1993; los artículos 4,5,6,9,12,13,14,16,18,20,37,39,42,43,49,50 Y 37 de la Ley 610 de 2000; (...)

De la normatividad referida anteriormente se desprende lo siguiente:

En virtud del artículo 18 de la ley 610 de 2000, el grado de consulta resulta viable en los procesos de responsabilidad fiscal que culminen con auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal siempre y cuando el responsable hubiere estado representado por un apoderado de oficio; para efectos de que el funcionario competente revise integralmente y sin limitación alguna, la decisión adoptada en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales.

Sobre la naturaleza del grado de consulta señaló la Corte Constitucional en sentencia C- 055 de 1993 que:

La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.

La consulta es una figura distinta de la apelación. Se surte obligatoriamente en los casos y con las características que defina la ley, sin contar con la voluntad de las partes. A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído que se somete a su conocimiento. Pero, desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.

En este orden de ideas queda claro que el grado de consulta, en los términos establecidos en la ley 610 de 200, le permite al funcionario de conocimiento adoptar las decisiones que conlleven a garantizar la legalidad y los derechos de las partes involucradas, pudiendo modificar o incluso revocar el acto o fallo en estudio.

Ahora, en virtud de la expedición del Decreto 403 de 2020 por medio del cual se modificó la ley 610 de 2000, se ratificó la facultad de revisión integral del expediente en el cual se fundamentó la decisión analizada en grado de consulta y textualmente se le otorgó la posibilidad al funcionario que conoce de dicha instancia para tomar la decisión sustitutiva que resulte de la modificación o revocatoria del auto o fallo en estudio.

Así las cosas, queda claro que actualmente el funcionario competente para conocer del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal podrá modificar o revocar la decisión del director de responsabilidad fiscal, tomando la respectiva decisión sustitutiva.

Pese a lo anterior, se deben tener en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la irretroactividad, la ultractividad y la retrospectividad de la ley; principios en virtud de los cuales se establece la temporalidad de las normas, indicando que generalmente éstas tienen una "(...) (i) aplicación general, inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad, y (ii) siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal, esto es, que quien produce la norma tiene prima facie, la posibilidad de asignarle efectos temporales distintos de los que sugiere la regla general descrita (...)" (Sentencia de la Corte Constitucional T-389 de 2009)

Igualmente, señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-177 de 2005 que "(...) la ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con leyes anteriores. Por su parte, el concepto de retrospectividad significa que las nuevas normas se aplican inmediatamente, a partir del momento de iniciación de su vigencia" ().

En este orden de ideas, se hace la claridad que la posibilidad de adoptar la decisión sustitutiva con ocasión de lo establecido en el artículo 132 del Decreto 403 de 2020, actualmente no conlleva la ampliación de términos para enviar el expediente al superior funcional o jerárquico (pasa de 3 a 8 días posteriores a la notificación), ni para adoptar la decisión (pasa de 1 a 2 meses después de recibido el expediente), pues de manera expresa el parágrafo de la norma estableció que los términos allí planteados aplicarán a los procesos que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley.

Teniendo claro lo anterior, se considera necesario hacer un pronunciamiento especial sobre la situación que dio origen a la solicitud del presente concepto, relacionada con la decisión proferida por la Contraloría Auxiliar en providencia a través de la cual se decidió un grado de consulta revocando un auto de archivo en un proceso de responsabilidad fiscal y en consecuencia ordenando al Director de Responsabilidad Fiscal imputar responsabilidad.

Y es que resulta importante recordar que el auto de archivo en los procesos responsabilidad fiscal que se adelantan a través del trámite ordinario resulta como una opción que se da después de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal propiamente dicho, ante pruebas de que el hecho no existió, no constituye detrimento patrimonial, no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio, la operancia de una causal excluyente de responsabilidad, la caducidad o la prescripción de la acción.

Por el contrario, cuando con ocasión del trámite del proceso de responsabilidad fiscal esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados, el funcionario competente deberá proferir el respectivo auto de imputación en virtud del cual se continúa con el trámite procesal.

Así las cosas, una vez iniciado el proceso de responsabilidad fiscal con el auto de apertura, el funcionario de conocimiento solo tendrá la opción de proferir una de dos decisiones, el archivo del proceso o la imputación de responsabilidad.

En este orden de ideas, se tiene que al revocarse un auto de archivo en el trámite del grado de consulta, independientemente de la orden impartida por el superior jerárquico y/o funcional, lo procedente resultaba ser la imputación de responsabilidad; razón por la cual no se considera relevante si con ocasión del grado de consulta se impartió una orden específica, cuando el resultado de la revocatoria proferida en dicha instancia procesal era precisamente la imputación de responsabilidad, que finalmente debe proferir el funcionario de la Dirección de Responsabilidad Fiscal, pues sólo hasta la entrada en vigencia del Decreto Ley 403 de 2020 se estableció la facultad para que a través del grado de consulta se adopte la decisión que resulte de la revocatoria o modificatoria de la providencia que se estudia.

II. CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto anteriormente resulta claro concluir que en virtud de la ley 610 de 2000 y el Decreto 403 de 2020, el grado de consulta tiene los siguientes parámetros:

1.- Resulta obligatoria la instancia para los procesos de responsabilidad fiscal donde se dicten autos de archivo, fallos sin responsabilidad fiscal y/o fallos con responsabilidad fiscal en los cuales el responsabilizado hubiere estado representado por un defensor de oficio.

2.- *Procede sin que medie solicitud de parte.*

3.- *Se tramita para defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y los derechos y garantías fundamentales.*

4.- *Conlleva la revisión integral de la decisión adoptada por el inferior.*

5.- *En la providencia que resuelve el grado de consulta el funcionario competente puede modificar, confirmar o revocar la decisión objeto de revisión.*

6.- *A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 403 de 2020, el funcionario competente para conocer del grado de consulta en los procesos de responsabilidad fiscal tiene la facultad de adoptar la decisión que resulte de la revocatoria o modificatoria de la providencia que se estudia.*

III. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 403 de 2000 a través del grado de consulta, el funcionario de conocimiento puede adoptar la decisión sustitutiva de la decisión que revoca o modifica.

De esta manera damos respuesta a la solicitud planteada,

Atentamente,

Original Firmado
MIRYAM JOHANA MENDEZ HORTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó	Miryam Johana Mendez Horta	Directora Técnica Jurídica	
----------	----------------------------	----------------------------	--