

CGR-OJ- 021 -2019
80112 –

Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 11-02-2019 12:47
Al Contestar Cite Este No.: 2019IE0011423 Folio Anexo: 0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO 82113-DESPACHO DEL CONTRALOR DELEGADO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS
FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA / SORAYA VARGAS PULIDO
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2019IE0011423



Doctora
SORAYA VARGAS PULIDO
Contralora Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva
Contraloría General de la República
Bogotá, D.C.

Referencia: Respuesta al radicado No. 2018IE0100989
Tema: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL/ FALTA DE
COMPETENCIA/. CAUSAL DE NULIDAD/. CONCEPTO
JURÍDICO NO.CGR-OJ-137 -2018, NÚMERO DE RADICACIÓN
NO. 2018IE0072707 DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2018.
REPLANTEAMIENTO.

Respetada doctora Soraya:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Solicita se reconsidere el concepto jurídico No.CGR-OJ-137 -2018, dirigido a la Oficina de Control Disciplinario, con número de radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018 y en consecuencia, se profiera un concepto que recoja la posición institucional sobre la validez de las actuaciones una vez declarada la nulidad en un proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta por el trámite ordinario.

En dicho concepto, el tema a tratar fue la falta de competencia como causal de nulidad. Se indicó al resolver el asunto, que la actuación realizada por el funcionario incompetente conserva su validez.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "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 (30) días siguientes a su recepción."

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución², ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”³, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”⁶ y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”⁷.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16⁸ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

² Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

³ art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

⁴ art. 43, numeral 5 del Decreto ley 267 de 2000.

⁵ art. 43, numeral 12 del Decreto ley 267 de 2000.

⁶ art. 43, numeral 11 del Decreto ley 267 de 2000.

⁷ art. 43, numeral 14 del Decreto ley 267 de 2000.

⁸ art. 43. oficina jurídica. son funciones de la oficina jurídica: (...) 16. coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la contraloría general de la república en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

Esta Oficina se pronunció mediante concepto jurídico No.CGR-OJ-137 -2018, dirigido a la Oficina de Control Disciplinario, con número de radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018.

Se dijo en dicho pronunciamiento que “El efecto jurídico-procesal de la resolución de un conflicto de competencia administrativa, respecto de un proceso de responsabilidad fiscal en curso, puede ser la declaración de la falta de competencia de quien lo viene instruyendo, en cuyo caso, ordenará remitirlo inmediatamente al competente. Sin embargo, el competente debe proveer los actos procesales necesarios para tramitar y decidir el asunto, **preservando en la medida de las posibilidades la validez de lo actuado** (el proceso auditor o la indagación preliminar) por el incompetente. **Únicamente será nula la actuación procesal surtida después de la declaración de falta de competencia.**”
Resaltado y Subrayado del texto original)

4. Consideraciones jurídicas

4.1 Problema jurídico

¿Declarada la nulidad por falta de competencia del funcionario de conocimiento en el proceso de responsabilidad fiscal, la actuación realizada por éste, conserva su validez?

4.2. El concepto No.CGR-OJ-137 - 2018 radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018

Se determinó en dicho pronunciamiento como problema jurídico” ¿cuál es el efecto jurídico-procesal de la resolución de un conflicto de competencia administrativa, respecto de un proceso de responsabilidad fiscal en curso? En caso que se declare competente a quien no adelantó el proceso auditor o la indagación preliminar, ¿necesariamente hay que declarar la nulidad de lo actuado por quien no tenía la competencia?”

Se indicó como argumento central en dicho pronunciamiento:

“Insubsanción de la falta de competencia y validez de la actuación surtida.

Como se anotó, en una primera lectura del parágrafo del artículo 37 del CGP, podría deducirse que la falta de competencia es una causal de nulidad saneable, porque no aparece mencionada dentro de las causales que no admiten remedio alguno. No obstante, la interpretación sistemática de los artículos 16, 133 y 138 del mismo código nos lleva a concluir lo contrario, veamos.

El artículo 16 del Código General del Proceso preceptúa:

"ARTÍCULO 16. PRORROGABILIDAD E IMPRORROGABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA. La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo. (Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-537-16 de 5 de octubre de 2016).

La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente."

El artículo 133 del mismo ordenamiento procesal dispone que *"El proceso es nulo, en todo o en parte, ...1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia."* (Énfasis nuestro).

Por su parte, el artículo 138 ejusdem dispone:

"ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse." (...)

Queda claro, entonces, que la competencia es improrrogable y, por tanto, es causal de nulidad insubsanable la falta de esta, cuando se genera por los factores subjetivo y funcional. Empero, las normas son diáfanas al establecer que la actuación procesal surtida conservará su validez. Solo será nula la actuación posterior a su declaratoria."

Como conclusión se determina:

"El efecto jurídico-procesal de la resolución de un conflicto de competencia administrativa, respecto de un proceso de responsabilidad fiscal en curso,

puede ser la declaración de la falta de competencia de quien lo viene instruyendo, en cuyo caso, ordenará remitirlo inmediatamente al competente. Sin embargo, **el competente debe proveer los actos procesales necesarios para tramitar y decidir el asunto, preservando en la medida de las posibilidades la validez de lo actuado (el proceso auditor o la indagación preliminar) por el incompetente.** Únicamente será nula la actuación procesal surtida después de la declaración de falta de competencia. (Resaltado fuera de texto)

Por tanto, corresponde al agente jurídico de la acción fiscal decidir si procede o no la declaración de nulidad en el caso concreto, indicando previamente sobre qué supuestos de hecho recayó el conflicto de competencia, para precisar sus efectos y no hacerlo extensivo a otros casos, aunque involucren a los mismos sujetos procesales. Todo ello con respeto a las garantías constitucionales del debido proceso y los principios de economía procesal y prevalencia del derecho sustancial.”

4.2.1. La nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal. Conceptos de la Oficina Jurídica

Conceptos 2011EE29630 y 2013EE0014007, están referidos al saneamiento oficioso de nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal.

En el primero se indicó que “En este orden de ideas recogemos nuestros pronunciamientos anteriores⁹ y sostenemos como postura institucional al respecto que cuando se presenten vulneraciones claras al debido proceso, violaciones al derecho de defensa o falte competencia para actuar, y a pesar de que no haya solicitud de procesado, podrán declararse de oficio las nulidades. Esto en aplicación del artículo 3° del Código Contencioso Administrativo y un desarrollo del principio de eficacia, que además también persigue, como el actualmente vigente, el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, numeral 11, artículo 3°) que entrará en vigencia el dos (2) de julio de 2012.”

En el segundo concepto se consultó sobre la procedencia para decretar de oficio la nulidad de un proceso de responsabilidad fiscal, después de proferirse el fallo con responsabilidad fiscal y el mismo ya ha sido notificado.

Al respecto se señaló que “El artículo 37 de la Ley 610 de 2000 prescribe que en cualquier etapa del proceso de responsabilidad fiscal, si se advierte alguna de las causales de nulidad, ésta se decretará, bien sea en forma parcial o total desde el momento en que la misma se presentó y en consecuencia, se ordenará reponer la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su validez.”

⁹ República de Colombia. Contraloría General de la República. Conceptos: EE57195 del 7 de octubre de 2005 y EE58931 del 26 de agosto de 2010.

Se anotó también que “En esta norma se regula la declaratoria de nulidad de manera oficiosa al señalar la normativa, que cuando el funcionario percibe que se configura alguna de las causales establecidas en el artículo 36 ibídem, adelantará las diligencias para corregir el error y en este caso, no media petición de parte, lo que sí es dable en las voces del artículo 38 del mismo ordenamiento.”

Se indica finalmente que una vez proferida la decisión final en el proceso de responsabilidad fiscal, no es jurídicamente viable decretar la nulidad.

Concepto OJ- 0061-2017EE00403331 de 29 de marzo de 2017

Se señaló en este concepto que “La figura de la nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta por el trámite ordinario, está contemplado en la Ley 610 de 2000, en los artículos 36, causales de nulidad, 37, saneamiento de nulidades, 38, término para proponer nulidades, este último, subrogado por el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011.”

Así también, se indicó que “Vistas las disposiciones legales, se denota que el artículo 38, decretaba la procedencia de los recursos de reposición y apelación contra el auto que resuelve la nulidad. A su vez, el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, contempla tan solo el recurso de apelación ante el superior del funcionario que profirió la decisión.

El artículo hace relación a la oportunidad para solicitar la nulidad procesal, establece la procedencia del recurso de apelación y establece una competencia para el conocimiento de dicha solicitud, como también que la nulidad se resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación.

El mencionado artículo 109 de la Ley 1474 de 2011 está inserto en la Subsección II, correspondiente a las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, lo cual nos indica que esta disposición subroga el artículo 38 de la Ley 610 de 2000.

Recuérdese que las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador les ha atribuido la consecuencia de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la acción procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.”

4.3 La falta de competencia como causal de nulidad. Posición de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva

Al respecto indica que las nulidades procesales se encuentran tipificadas inicialmente en los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 610 de 2000.

Para tales efectos, transcribe en su integridad el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, el cual establece las causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal, e indica que estas son: La falta de competencia del funcionario para conocer y

fallar, la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

En cuanto al saneamiento de las nulidades, se trae a colación el artículo 38 del mismo ordenamiento jurídico, en donde se determina que **en cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado.** Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

Así concluye que el artículo 36 es claro al indicar, que la falta de competencia del funcionario, la violación del derecho de defensa, así como las irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, son causales que generan la nulidad procesal dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Para referirse a los requisitos que debe cumplir la solicitud y posterior declaratoria de nulidad, se invoca lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 610 de 2000, el cual ordena que podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

Al respecto aclara que de conformidad con lo establecido en el artículo 109 de la Ley 1474 de 2011, contra el auto que decide la solicitud de nulidad procederá el recurso de apelación. Entendiendo la modificación de la norma consistente en la supresión del recurso de reposición en los procesos de doble instancia, ya que para el proceso de única instancia cuando se resuelve una nulidad rogada, procede el recurso de reposición, teniendo como fundamento la remisión normativa establecida en el artículo 66 de la Ley 610 de 2000.

Como puede valorarse de las normas transcritas, la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar es una causal de nulidad, que se encuentra específicamente descrita en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000.

Sobre la especialidad de la Ley 610 de 2000, argumenta que el proceso de responsabilidad fiscal está regulado en una norma especial la cual es de aplicación preferencial frente a la norma general. El Código General del Proceso, es una norma general, a la cual se acude por remisión del artículo 66 de la Ley 610 de 2000, en aquellos aspectos que no se encuentren regulados por la ley especial.

El caso específico de la falta de competencia, es un tema que la ley especial lo regula, tan es así que el mismo artículo 37 indica que cuando la falta de competencia se advierta dentro de un proceso de responsabilidad fiscal se decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependerá del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Como se advierte la misma ley especial señala que debe declararse la nulidad de lo actuado y que se reponga la actuación.

En cuanto a la alusión del artículo 138 del Código General del Proceso, norma en la cual se fundamenta el concepto jurídico No.CGR-OJ-137 – 2018, radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018, indica la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, que esta norma es contraria a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 610 de 2000, toda vez que el Código General del Proceso determina que “cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas. El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.”

En este sentido destaca que al regirse el proceso de responsabilidad fiscal por una norma especial, cual es la Ley 610 de 2000, efectivamente el artículo 36 deviene en consagrar que será causal de nulidad la falta de competencia, por lo cual cuando se trate de dicha incidencia, genera la misma una nulidad insubsanable, y existiendo la norma especial esta tiene aplicación sobre la general y por ello en concordancia con el mismo artículo 37 ibídem, la falta de competencia determina que se debe decretar la nulidad total o parcial de lo actuado según sea el caso, es decir a partir de su ocurrencia.

Concluye diciendo esa Delegada que cuando concurre la falta de competencia no se aplicaría el artículo 138 del Código General el Proceso, en consideración a la existencia de la norma especial, que determina como causal de nulidad la falta de competencia y que la misma ley especial también señala que deberá ordenarse se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo.

Adicionalmente, menciona algunos fallos proferidos dentro de los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales se ha pronunciado la Contraloría General de la República, en el sentido que esa Contraloría Delegada ha señalado en el tema en análisis.

De igual manera menciona algunos conceptos de esta Oficina asesora, en los cuales se ha sostenido que ante la ocurrencia de la falta de competencia, como causal de nulidad, se debe reponer la actuación declarada nula.

4.4. El tema consultado. Posición de la Oficina Jurídica

Este Despacho comparte el criterio de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, y en tal sentido, procede a replantear el concepto jurídico No.CGR-OJ-137 -2018, dirigido a la Oficina de Control Disciplinario, con número de radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018.

Cabe advertir que tal como lo señala esa Contraloría Delegada, en otros pronunciamientos de esta Oficina, ya se había sostenido que la Ley 610 de 2000, es norma especial que regula el proceso de responsabilidad fiscal, y que para el caso objeto de consulta, el artículo 37 de este ordenamiento, es claro en establecer que cuando en cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y **ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado.** Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

Es oportuno indicar que el Consejo de Estado, ha señalado que es inadmisibles el saneamiento de la falta de competencia como causal de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal, así lo dijo:

“De igual manera resulta inaceptable la consideración según la cual la falta de competencia no fue alegada en sede administrativa y por tal motivo el vicio fue subsanado. Al respecto la Sala debe ser enfática en señalar que la falta de competencia denota la carencia de un elemento esencial del acto que lo vicia de tal forma que impide su convalidación o subsanación. Esto, como quiera que el acto fue producto del ejercicio arbitrario de una función toda vez que la administración no tenía la atribución legal para manifestar su voluntad (...)”

En lo relativo a que la actora gozó de las garantías procesales establecidas ya que interpuso los recursos de vía gubernativa, se tiene que esto no conduce a desvirtuar el vicio de falta de competencia por el cual el Tribunal decidió declarar la nulidad de los actos acusados. En esa medida el argumento no es idóneo para enervar las consideraciones tenidas en cuenta por el Tribunal en primera instancia en tanto que propugna explicar que a la actora se le garantizó

el debido proceso, más no que el acto haya sido proferido por funcionario competente.”¹⁰

En este orden jurídico, cuando se presente como causal de nulidad, la falta de competencia no se recurrirá a ordenamiento diferente de la Ley 610 de 2000, y en por tanto es inadmisibles la aplicación del artículo 138 del Código General el Proceso.

5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, se replantea el concepto jurídico No.CGR-OJ-137 - 2018, con número de radicación No. 2018IE0072707 de septiembre de 2018, y sostenemos como postura institucional al respecto, que la Ley 610 de 2000, es la norma especial que regula el proceso de responsabilidad fiscal y en consecuencia, cuando la falta de competencia se advierta dentro de un proceso de responsabilidad fiscal se decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y se ordenará que se reponga la actuación que dependerá del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado.

Cordialmente,


JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

C.C. Dr. Orlando Velandía Sepúlveda, Director Oficina de Asuntos Disciplinarios.
Proyectó: Lucenith Muñoz A.
N.R. TRD. 2018IE0100989
RD 80112-033 Conceptos Jurídicos.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01, de 22 de octubre de 2015, Magistrado Ponente, Guillermo Vargas Ayala