



MEMORANDO INTERNO

Bogotá D.C., 24 de octubre de 2002

110.039.2002

OJ110

PARA Dr. Jorge Enrique Montero Piraquive
GERENTE SECCIONAL III

DE: Juan Fernando Romero Tobón
DIRECTOR OFICINA JURÍDICA

REFERENCIA: NUR 215-3-11051/435/03
Consulta a cerca de si la Auditoría "puede y/o debe adelantar la acción de nulidad sobre actos administrativos que presuntamente contravienen el ordenamiento jurídico".

Apreciado doctor,

Dando respuesta a su memorando de la referencia y, en ejercicio de la función de conceptualización que le ha sido asignada, esta oficina efectúa el presente pronunciamiento en los términos previstos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, previas las siguientes consideraciones:

1. Función de la Auditoría General de la República

De conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, la función de esta entidad es ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la Constitución, mediante la evaluación financiera, de gestión y de resultados (Artículo 5° del Decreto 272 de 2000), entendiéndose por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores de los entes de control que administren recursos o fondos públicos (artículo 3° de la Ley 610 de 2000). Así lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional, como se advierte en la siguiente cita:

110-039-2002
Concepto
Rdo/ Piraquive D.
8 24-10-02
12:10 pm

Esta Corporación ha señalado que el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado." 1 En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. 2 A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión "se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración."¹

Esto implica control sobre una serie de actuaciones. Como consecuencia de esta función de vigilancia, surgen otras para la Auditoría, como son las de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos de sus entes vigilados y de particulares según el caso, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (artículo 1º de la Ley 610 de 2000).

En consecuencia, es menester precisar que por antonomasia, la Auditoría cuenta con el mecanismo para resarcir el patrimonio público como lo es la acción de responsabilidad fiscal, autónoma e independiente. Para tal fin no debe acudir a otros procedimientos o declaraciones, tal y como en múltiples ocasiones lo ha manifestado la Corte Constitucional. Recientemente, la autonomía del proceso de responsabilidad fiscal se vio reforzada por la sentencia mediante la cual se declararon inexecutable apartes del artículo 89 de la Ley 715 de 2001.² De este modo, si la Auditoría advierte un eventual detrimento, ella cuenta con una acción propia que está obligada a ejercitar.

De otra parte, los funcionarios de la Auditoría, de acuerdo con la distribución de competencias, además del cumplimiento de las funciones encaminadas a la obtención de los fines de la entidad, están en el deber constitucional y legal (artículo 271 y 21 de la Ley 610 de 2000 respectivamente) de dar aviso en forma inmediata a las autoridades correspondientes si, con ocasión del adelantamiento de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-499 de 15 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

los procesos de que trata la presente ley, advierten la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias.

2. La acción pública de nulidad

La acción de nulidad es la facultad que toda persona tiene de solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos que infrinjan la Constitución y la ley o hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del debido proceso o del derecho de defensa o mediante falsa motivación. Constituye, además, una parte trascendental de la participación ciudadana, tal y como se lee en el artículo 40, numeral 6º, de la Constitución Política. Así se desprende del contenido del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual dispone:

Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

De donde resulta claro que cualquier persona, puede ejercer esta acción respecto de actos administrativos que adolezcan de los vicios contenidos en la citada norma, tal como lo afirma el Consejo de Estado al expresar:

Para la Sala no es de recibo el anterior planteamiento, toda vez que el texto constitucional citado regula una materia específica, totalmente distinta, como lo es "la conformación, ejercicio y control del poder político" para cuyo efecto se le concede al ciudadano (único legitimado para ejercer los derechos políticos) una serie de prerrogativas para mejor ejercer tal actividad. De los apartes transcritos se deduce, de suyo y necesariamente que el derecho conferido a los ciudadanos, con exclusión de las demás personas, para el ejercicio de las citadas acciones públicas, sólo se predica respecto de aquellos relativos a la "conformación, ejercicio y control del poder político", que demás está decirlo, nada tiene que ver con la acción que se plantea en el presente proceso, que se adelanta en desarrollo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, texto que expresamente legitima a TODA

PERSONA (natural o jurídica, mayor o menor, capaz o incapaz, nacional o extranjero) para que ejerza directamente o a través de representante, la acción pública de nulidad contra los actos administrativos, según lo estime pertinente.³

La acción de nulidad procede contra toda clase de actos de carácter general como contra los de carácter particular, pues la citada norma no hace excepciones, como acertadamente lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia C-426 de 2002 al considerar:

Respecto al contenido del artículo 84 del C.C.A., no observa la Corte que el mismo establezca distinciones en relación con la clase de actos administrativos que pueden ser demandados por esa vía, como tampoco que condicione o restrinja su ámbito de procedibilidad frente a los actos de contenido particular, o bien al cumplimiento de ciertos presupuestos -como el de tener que acreditar que el acto acusado representa un especial interés para la comunidad-, o bien a los casos expresamente consagrados en normas o leyes especiales. Por el contrario, la circunstancia específica de que el artículo en cuestión disponga en forma clara y precisa que *"toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de su representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos"*, lleva a la conclusión de que la voluntad del legislador extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad, no fue la de privilegiar su ejercicio respecto de los actos relativos a situaciones jurídicas generales, sino la de permitir, en plena concordancia con la Constitución, que ésta pudiera ejercerse también contra los actos de contenido particular y concreto. Ello, en el entendido de que éstos, independientemente de regular situaciones jurídicas individuales, igualmente pueden entrar en contradicción con la integridad del ordenamiento jurídico, que es lo que en últimas busca preservarse a través de la acción pública de nulidad.⁴

En este entendido se tiene que, la finalidad de la acción de nulidad se dirige únicamente a obtener la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta mediante la simple comparación del acto con las normas a las cuales ha debido estar sujeto.

Además de lo anterior es de interés indicar que las entidades públicas se han visto también favorecidas por el uso de acciones especiales para obtener propósitos de interés común. De tal naturaleza fue la acción popular instaurada contra

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de febrero de 1999, expediente 9229, M.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

DRAGACOL⁵ por la afectación de derechos colectivos como son el patrimonio y la moralidad administrativa.

Para sintetizar, la acción de nulidad está caracterizada por los siguientes aspectos:

Teniendo en cuenta el objeto fundamental y las circunstancias de orden legal que reglamentan y condicionan su ejercicio, es válido afirmar que la acción de nulidad presenta las siguientes características: (i) se ejerce exclusivamente en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; (ii) por tratarse de una acción pública, la misma puede ser promovida por cualquier persona; (iii) la ley no le fija término de caducidad y, por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; (iv) procede contra todos los actos administrativos siempre que, como se dijo, se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento-⁶.

3. A título de conclusión

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es posible que la Auditoría, mediante un funcionario, pueda ejercitar la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. No obstante, esta facultad no se deriva del ejercicio de las funciones consustanciales para la obtención de sus fines, sino de la titularidad que la citada norma le confiere a **toda persona**, la cual puede ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto,⁷ debiendo observarse especial interés en aquellos actos administrativos expedidos por las entidades sujetas a su vigilancia y **susceptibles de anulación** (es decir que hayan sido expedidos en alguna de las circunstancias previstas en el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A.) que generen o puedan generar un detrimento patrimonial al Estado, en desarrollo de una actividad depurativa. Ello no obsta para que, según se indicó, el organismo de control adelante la acción de responsabilidad fiscal, si a ello hubiere lugar.

Con respecto a la oportunidad para el ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (nulidad simple), es conveniente aclarar que no existe término de caducidad, pues el Código Contencioso Administrativo es claro cuando dispone:

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002, AP 300, M.P. Dra. Ligia López Díaz.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ C.C.A., artículo 136, inciso primero.

Art. 136.- Modificado. Ley 446 de 1998, Art 44- Caducidad de las acciones.

1.La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

Caso diferente de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 ib (nulidad resarcitoria), evento en el cual la persona que se considere lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se restablezca su derecho, dentro de los cuarto (4) meses siguientes a la publicación, notificación o comunicación del acto, según sea el caso. Vencido este plazo, caducará la acción. En este caso, debe existir legitimación para actuar.⁸

También difiere la simple nulidad de las nulidades especiales de actos de carácter particular, en donde la misma norma que las establece señala el término de caducidad.

No sobra recabar que la vigilancia de la gestión fiscal constituye la misión de esta entidad y, para tal fin, cuenta con un mecanismo propio, el proceso de responsabilidad fiscal, regulado en la Ley 610 de 2000, el cual se adelanta en forma autónoma, sin perjuicio de las demás acciones que puedan iniciarse con fundamento en los hechos que generaron el deterioro patrimonial.

Sin otro particular me suscribo, confiando haber dilucidado sus inquietudes.

Atentamente,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón.
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

C.C. Dr. Juan Silva Facundo
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-199 de 17 de abril de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.



208

Dayra

MEMORANDO INTERNO

Santiago de Cali, Octubre 8 de 2002

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al contestar cite N.U.R.: 215-3-11051, 11/10/2002 10:00 a.m.
 Trámite: 445 - CONCEPTO
 H-0 Actividad: 01 INICIO, Folios: 2, Anexos: NO
 Origen: 215 GERENCIA SECCIONAL III (CALI)
 Destino: 110 OFICINA JURIDICA

PARA: JUAN FERNANDO ROMERO T.
 Director Oficina Juridica

DE: JORGE ENRIQUE MONTERO PIRAQUIVE
 Gerente Seccional III

REF: 435 / 01
 Solicitud de concepto

- El interés de la AGE
 es el control fiscal.

- La legitimidad de la acción de nulidad involucra servicios públicos como en la acción de cumplimiento.

Apreciado Doctor,

En algunas oportunidades al realizar auditorías a las Contralorías, los funcionarios destacados se encuentran con actos administrativos que contravienen la normatividad vigente, pero que son acatados y no se controvierte su validez ante las instancias competentes, como los Tribunales Administrativos.

Este tipo de hallazgos queda reducido a trasladar a otros organismos de control su conocimiento bien para lo disciplinario o para lo penal, pero la actuación de fondo, que consiste en demandar la nulidad del acto administrativo, ésta no se adelanta por nuestra parte, al no existir una directriz específica en éste sentido.

En razón de lo anterior, la consulta que elevo tiene por objeto se precise si la Auditoría General de la República puede y/o debe adelantar la acción de nulidad sobre actos administrativos que presuntamente contravienen el ordenamiento jurídico, cuando dicha acción no ha sido adelantada oportunamente por quienes tienen el deber de hacerlo como son los representantes legales de las entidades afectadas con las medidas adoptadas por las Corporaciones Públicas o por otras autoridades de la respectiva jurisdicción de la Contraloría auditada.

pendida de oportunidad si es nulidad simple, no existe.

Para sustentar lo anterior procedo a citar algunos ejemplos:

1. En la Contraloría del Cauca: la Asamblea Departamental introdujo modificaciones al proyecto de Ordenanza por el cual se ordenaba la reestructuración de la Contraloría sin la intervención del Contralor, variando sustancialmente la iniciativa en lo que refería a la composición de la nueva estructura orgánica y planta de personal, en perjuicio de la entidad, al obligarla a mantener en la nómina una carga de funcionarios del nivel asistencial que no requería, afectando otros niveles en

MEMORANDO INTERNO

donde se requería un mayor fortalecimiento. En éste caso no hubo pronunciamiento del Contralor, para evitar la usurpación de funciones propias de su cargo.

2. En la Contraloría de Tumaco: el Concejo Municipal aprobó un Acuerdo otorgando facultades al Alcalde Municipal para reestructurar la Contraloría; el Alcalde por su parte expidió un Decreto reestructurando la planta de personal de la Contraloría, el cual en la práctica desmanteló la entidad, al dejarla con una equivalente a la quinta parte de la existente, es decir, reduciéndola de 26 a 6 funcionarios, con lo que se puede afirmar con razón, que no cumplirá con sus funciones ni con sus objetivos misionales. Lo que trajo la anterior medida fue la creación de una nómina paralela por contratos de servicios, tal como en efecto ocurrió en la vigencia 2001. En éste caso, tampoco se dio pronunciamiento del Contralor, para evitar la usurpación de funciones propias de su cargo.

Cordial saludo,



JORGE ENRIQUE MONTERO PIRAGUIVE
Gerente Seccional III

Anexo: lo anunciado
japs