

**MEMORANDO INTERNO**

Bogotá, D.C  
214

CJ. 110.040.2004

*Alfonso*  
*Martín*  
*W*

PARA: **Dra. MARIA AMPARO QUINTERO**  
Directora Oficina Jurídica.

DE: **Dr. ALVARO GUACANEME ROJAS**  
Gerente Seccional II.

**Referencia: Consulta jurídica.**

**Estimada Doctora:**

La Gerencia Seccional II de Cundinamarca realizo la auditoria integral del 5 de diciembre de 2003 al 12 de diciembre de 2003, en Soacha – Cundinamarca, y se encontraron entre otros hallazgos, los procesos sancionatorios administrativos No 11 del 2002 y el No 09 del 2002.

Los hallazgos de estos dos procesos sancionatorios administrativos, se relacionan con decisiones que el Contralor Municipal de Soacha profirió como segunda instancia decidiendo el archivo de los expedientes **por razones injustificadas, revocando decisión de primera instancia de imposición de multa, como a continuación se describirá.**

**En el Proceso Sancionatorio No 09 de 2002.**

Mediante el auto JQJ NO 60 del 21 de agosto de 2002, la Contraloría Municipal de Soacha decidió dar apertura de la actuación Administrativa

*04/05/04*

Sancionatorio No 09 en contra de William Oswaldo Cortes Pinilla en su condición de Director General del Instituto Municipal de Recreación y Deporte, por no presentar oportunamente las cuentas de los periodos enero – febrero y de mayo- junio de 2002, situación que se enmarca dentro del artículo 101 de la ley 42 de 1993 como una causal para la imposición de multas por parte de los organismos de control fiscal.

La Contraloría Municipal de Soacha en primera instancia decide mediante auto J.QJ No 108 de 2002 de fecha octubre 28 de 2002, sancionar al señor William Oswaldo Cortes Pinilla con una multa de \$2, 931. 584.00), de conformidad con el artículo 101 de la ley 42 de 1993.

En auto J.Q.J No 118 de 2002 de fecha 21 de noviembre de 2002, la Contraloría Municipal de Soacha decide resolver el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el contenido del auto J.Q.J No 118 del 28 de octubre de 2002.

La Contraloría Municipal de Soacha en auto del 14 de marzo de 2003 resuelve revocar en todas sus partes el contenido del Auto J.Q.J. No 108 del 28 de octubre de 2002, ordenando el archivo del proceso No 09 de 2002.

El Contralor Municipal de Soacha en uso de sus facultades resolvió el recurso de apelación surtiendo la segunda instancia.

- El Contralor empieza argumentando que todos los funcionarios de la institución y en especial el director , conocían la obligación de entregar oportunamente las cuentas a la Contraloría de Soacha, y que la rendición de cuentas no era una función que se tenía que cumplir de manera imprevista, por ello no era justificable que por cumplir otras

funciones de mayor prioridad para la institución, se deje de cumplir con otras obligaciones como es el caso de la rendición oportuna de las cuentas ante la Contraloría.

- Continua argumentando que los funcionarios públicos tienen responsabilidades frente al cumplimiento de la Constitución y de la ley, y que no encuentra razón que justifique el no haber entregado en su oportunidad las cuentas de los periodos enero-febrero y mayo- junio, aún cuando se había solicitado una prórroga para ello, se sabía que las cuentas debían ser entregadas en tiempo.
  
- Que no se puede argumentar como causa de justificación para no entregar a tiempo las cuentas, el hecho que la entidad tenga un reducido personal que cumpla con las funciones de la entidad, ya que para que sirviera de justificación tendría que estar enmarcado dentro de un caso fortuito o una fuerza mayor, para el Contralor la conducta del implicado se ajusta al artículo 101 de la ley 42 de 1993.

No se ve como el Despacho del Contralor desde el principio de sus consideraciones empieza argumentando que no hay justificación para dejar de presentar de forma oportuna las cuentas , que la falta de personal y las muchas actividades no pueden ser un motivo de impedimento para dejar de cumplir obligaciones que desde un principio se conocían, que estas situaciones no son una justificación para no poder cumplir una obligación, salvo en el caso en que se enmarcaran dentro del caso fortuito y fuerza mayor, y finalmente concluye de forma incongruente que sí había justificación pues la falta de personal y las muchas actividades que se presentaron si impedían el cumplimiento de la obligación de presentar las cuenta oportunamente, y sin más, argumenta que son actividades que se adecuaban dentro de una fuerza mayor por ser irresistibles, procediendo de tal forma al archivo del expediente.

**¿Cuándo ocurrió?**

14 de marzo de 2003, cuando el Despacho del Contralor Municipal de Soacha profiere el Acto Administrativo, decidiendo segunda instancia.

**¿ Dónde?**

En la Contraloría Municipal de Soacha.

**Normas violadas** artículo 84 código contencioso administrativo, Art. 187 del código de procedimiento civil, Art. 209 de la carta política

**Proceso Sancionatorio No 011 del 2002:**

Qué ocurrió? Mediante el auto J.Q.J. 62 de 2002, la Contraloría Municipal de Soacha decidió dar apertura de la actuación Administrativa Sancionatoria No 11 del 2002 en contra de Francisco Bohórquez Ramírez en su condición de Secretario de Hacienda de la Alcaldía Municipal de Soacha, por no rendir oportunamente y de forma completa las cuentas correspondientes a los tres primeros bimestres del año 2002, situación que se enmarca dentro del artículo 101 de la ley 42 de 1993 como una causal para la imposición de multas por parte de los organismos de control fiscal.

La Contraloría Municipal de Soacha en primera instancia decide mediante auto J.QJ No 76 de 2003, sancionar al señor Francisco Bohorquez Ramirez con una multa de \$7633827.00, de conformidad con el artículo 101 de la ley 42 de 1993.

En auto J.Q.J No 84 de 2003 de agosto 13 de 2003, la Contraloría Municipal de Soacha decide resolver el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el contenido del auto J.Q.J No 76 del 23 de julio de 2003.

La Contraloría Municipal de Soacha en auto del 5 de septiembre de 2003, resuelve revocar en todas sus partes el contenido del Auto J.Q.J. No 76 de fecha 23 de julio de 2003.

El Contralor Municipal de Soacha en uso de sus facultades resolvió el recurso de apelación surtiendo la segunda instancia.

- El Contralor consideró que era necesario tener presente que la función que estaba cumpliendo el secretario de Hacienda era coordinar organizar y hacer el respectivo envío de la cuenta para el correspondiente control fiscal por parte de la Contraloría.
  
- Continua argumentando que el Secretario de Hacienda tenía una labor delegada por el Alcalde, lo que determinaba que él no era el que directamente elaboraba toda la información para dirigirla al ente de control fiscal, solamente cumplía una función de coordinación, y estaba en manos de los diferentes funcionarios la obligación y responsabilidad de suministrar las cuentas al Secretario, para que este a su vez pudiera rendirlas a la Contraloría de forma oportuna; el Secretario de Hacienda no podía hacer nada. En consideración del Contralor Municipal de Soacha, esto configuro una fuerza mayor.

Para el Despacho de la Gerencia Seccional II de la Auditoria General de la República, es evidente que aquí en ningún momento se configura una fuerza mayor, en ningún momento el Contralor Municipal de Soacha, sustentó en que consistió esa fuerza mayor, que impidiera al secretario de Hacienda cumplir con la obligación de presentar a tiempo la rendición de cuentas a la Contraloría de Soacha, además observa esta Gerencia, que no se tuvo en cuenta por parte de la Contraloría, el hecho que la obligación directa era del Alcalde, quien delegó la

función y a quien le correspondía velar por el cumplimiento de la función que delegó. Los funcionarios públicos tienen responsabilidades frente al cumplimiento de la Constitución y de la ley, y no se encuentra razón que justifique el no haber entregado en su oportunidad las cuentas

### **¿Cuándo ocurrió?**

5 de septiembre de 2003, cuando Contralor Municipal de Soacha profiere el Acto Administrativo, decidiendo segunda instancia.

### **¿ Dónde?**

En la Contraloría Municipal de Soacha.

**Normas violadas** artículo 84 código contencioso administrativo, Art. 187 del código de procedimiento civil, Art. 209 de la carta política

### **Proceso contrato 020 de 1997, Soacha Servigenerales S.A E.S.P**

El 2 de junio de 1.998 se ordena abrir las diligencias preliminares contra el alcalde de ese entonces JORGE ENRIQUE RAMÍREZ VASQUEZ, en virtud al informe que presentó la empresa SERVIGENERALES S.A E.S.P que prestaba el servicio de recolección de basuras en el municipio de Soacha , donde se manifiesta que se dejó un lapso de ocho (8) meses sin realizar el cobro por este servicio , con lo que se ocasionaría un detrimento al patrimonio del municipio estimado inicialmente en la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS. (\$597'897.389), en razón a que fue el municipio el que asumió la totalidad de los costos de dicha prestación del servicio.

Una vez cumplidas las diligencias preliminares, la dirección de investigaciones y juicios fiscales consideró que existía mérito suficiente para ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y fue así como el 5 de octubre de 1.998 se emite el auto ordenando la apertura formal del proceso.

Después de notificado el auto al implicado, este procede a recurrirlo en virtud al artículo 31 de la resolución 085 de 1.998, expedida por la Contraloría Municipal de Soacha.

El 19 de abril de 1.998 radica el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de apertura., siendo esta resuelta por la dirección de investigaciones y juicios fiscales mediante auto de fecha 15 de enero de 1.999 donde se le niegan las pretensiones y se confirma la decisión..

El 11 de febrero de 1.999 se trasladó el expediente al despacho del Contralor Municipal para que se desatare el recurso de apelación, el cual fue solucionado mediante la resolución CMS-99-055 del 8 de marzo de 1.999, confirmando la apertura de la investigación fiscal.

Mediante auto de fecha abril 22 de 2003 la jefe de la oficina jurídica de la Contraloría Municipal de Soacha dicta auto de imputación de responsabilidad fiscal contra JORGE ENRIQUE RAMÍREZ VASQUEZ, por un detrimento de \$725'737.333), librando los oficios necesarios para determinar los bienes del imputado y una vez se conocieran dictar medida cautelar.

El 11 de agosto de 2003 se encontraba al despacho del Contralor, el recurso de apelación y en subsidio el de reposición interpuesto por el Dr. Jorge Enrique Rojas, obrando como apoderado del Sr. Jorge Ramírez Vásquez, contra el auto No. 52 del 21 de mayo de 2003, mediante el cual la oficina jurídica de la Contraloría Municipal de Soacha negó la petición de nulidad invocada por el señor Luis Enrique Rojas Osuna.

Al resolver el Contralor argumenta que según el artículo 67 de la ley 610 de 2000, establece que en los procesos de responsabilidad fiscal que al entrar en vigencia la presente ley se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en etapa de juicio fiscal, continuaban su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la ley 42 de 1.993, en los demás procesos el trámite se adecuaba a lo previsto por la ley 610 de 2000, advertía y también decía que para el presente caso no se profirió el auto de apertura a juicio fiscal, por lo tanto este proceso debía regirse por la ley 610 de 2000 y que además era necesario tener presente que hasta la fecha tampoco se había proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; de esta manera se produjo la caducidad de la acción fiscal y advierte lo que estipula el artículo 5 de la ley 610., y argumenta con base a este artículo, la caducidad, porque según él transcurrieron cinco años y diez meses desde la ocurrencia del daño generador del daño al patrimonio, sin haberse proferido auto de apertura de responsabilidad fiscal., además porque según el contralor, el tiempo se empieza a contar desde la fecha del último acto, ya que se trata de un acto de tracto sucesivo; y es así como el contralor resuelve declarar la caducidad de la acción fiscal dentro del expediente No. 01 de 1.998 y ordena el archivo del expediente.

**OBSERVACIONES:** No, se comparte la razón expuesta por la segunda instancia, toda vez que al contrario de lo manifestado por el Contralor Municipal, sí se profirió un auto de Apertura de Responsabilidad Fiscal, de conformidad con lo que para ese entonces establecía la ley 42 de 1.993, y no se explica porque se aduce una caducidad para justificar y archivar el expediente, pues se hacía necesario y objetivo establecer con que fundamento legal y bajo qué criterio para el bienestar del municipio se realizó el otro si al contrato 020 y de igual manera se debió establecer porqué el alcalde JORGE RAMÍREZ, mediante un oficio acepta la cesión del contrato 020 de 1.997 realizada por el consorcio Manos Limpias a Servigenerales S.A.



Para la Gerencia Seccional II de Cundinamarca es necesario elaborar esta consulta jurídica, en la medida que se trata de decisiones tomadas por el Ex Contralor Municipal de Soacha Luis Eduardo Arévalo Pérez, y la Auditoria General no es competente para pronunciarse sobre sus decisiones, en cuanto al ejercicio de control fiscal ejercido a sus entes vigilados.

Es necesario exponer entonces algunas interrogantes así:

1. **¿Qué mecanismos alternativos tiene la Auditoria General de la República para pronunciarse sobre las decisiones del Ex contralor de Soacha, por encontrarse arbitrarias y sin fundamento jurídico, teniendo en cuenta como se manifestó anteriormente que la auditoría General de la República, no tiene competencia para pronunciarse en cuanto a estas decisiones?**
  
2. **Es viable y esta dentro de los lineamientos trazados por la Auditoria General de la República, demandar las decisiones del EX contralor Municipal de Soacha, Luis Eduardo Arévalo, comentadas anteriormente en cada uno de los hallazgos descritos, considerando que son actos Administrativos, y que las acciones para demandar serían :**
  - acción de nulidad.
  - acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en este caso ¿ Se tendría en cuenta como cuantía del detrimento en los casos de los procesos sancionatorios, el valor de la sanción? , ¿El Estado mediante la demanda debe restablecer algún daño? ¿este sería el valor de la sanción que se dejo de recibir al revocar por el Ex - Contralor una sanción, por razones como las del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo?

3. En el caso que sea pertinente instaurar una demanda contra los actos administrativos, ¿a quién le corresponde la competencia para adelantar estas demandas?

Es importante para esta Gerencia la respuesta a estas inquietudes, acerca de cómo se debe actuar jurídicamente frente a estos hallazgos.

Atentamente,



**ALVARO GUACANEME ROJAS**

**Gerente Seccional II**

**c.c Dra. Martha Sánchez Ríos**

**Auditora Delegada para la Gestión Fiscal.**

dmmv



de carácter disciplinario o penal. De presentarse éstos, el mecanismo alternativo que tiene el ente control para pronunciarse es el traslado del hallazgo a la autoridad respectiva para que se inicie la correspondiente investigación.

### **Termino prescripción de la acción fiscal.**

La Ley 610 de 2000 en su artículo noveno establece:

*"Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.*

*La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.*

*El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública".*

De conformidad la norma transcrita, a partir de la vigencia de la ley 610 de 2000, si dentro de un proceso de responsabilidad fiscal transcurren cinco años contados a partir del auto de apertura sin que se ha proferido **fallo con responsabilidad**, opera la prescripción de la responsabilidad.

No sucede lo mismo con la caducidad, en cuyo caso si el daño o detrimento al patrimonio público ocurrió antes de la vigencia de la Ley 610 de 2000, el término de caducidad de la acción fiscal será de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho sin que se haya proferido auto de apertura de proceso, atendiendo los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en sentencias C-046 de 1994, acción pública de constitucionalidad y C- 973 de 1999, acción de revisión de tutela. Pero si el hecho generador del daño ocurrió con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000, el término será el señalado en su artículo noveno: cinco años contados a partir de la ocurrencia del hecho, sin que se haya proferido **auto de apertura de proceso**.

En ese orden de ideas, para determinar si la declaratoria de caducidad de la acción fiscal o de prescripción de la responsabilidad fiscal se adoptó debidamente, basta con revisar los términos procesales.

Si tal decisión contraviene dichos términos se estudiara la configuración de posibles hallazgos de carácter fiscal, penal o disciplinario y en consecuencia por parte del área misional de la AGR se procederá de conformidad. Además es importante tener en cuenta, entratándose de prescripción de responsabilidad fiscal, verificar que ésta haya sido alegada, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2513 del C.C. no puede ser declarada de oficio.

### **De las acciones de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

El Código Contencioso Administrativo en su artículo 84, como usted lo anota, establece claramente los casos en que procede la acción de nulidad, y quienes pueden hacer uso de ella, al señalar:

*Art. 84.- Modificado. Decreto 2304 de 1989, art. 14. 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.*

Así las cosas, cualquier persona natural, jurídica o entidad del estado puede directamente o través de apoderado, que en todo caso debe ser abogado, solicitar la nulidad de un acto administrativo. Si se trata de una persona jurídica o de una entidad oficial, es el representante legal quien debe formular la demanda u otorgar el poder correspondiente.

Así mismo el artículo 85 *ibidem* en relación con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho indica:

*"Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir*

*que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente."*

Del contenido de esta norma se infiere que el sujeto activo de esta acción es cualificado: *quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica*, es decir que para que proceda la acción debe existir un derecho lesionado, un titular de ese derecho, y una norma que lo proteje.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para conocer de estas demandas, ésta reposa en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Departamento en cuya jurisdicción tenga domicilio la entidad que profirió el acto que se demanda.

Con lo anteriormente expuesto confiamos haber colaborado en el esclarecimiento de su inquietud. Resta puntualizar que el presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del C.C.A.

Cordial saludo,

  
**AMPARO QUINTERO ARTURO**