



Radicado No: 20082120036593

Fecha: 15-08-2008

MEMORANDO INTERNO

Bogotá, D.C., Agosto 15 de 2008
212

PARA: Dra. DAYRA ENNA CONCICIÓN PERICO. Directora de la Oficina Jurídica.

DE: JOSE MILTON BLANCO SANTAMARIA. Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

REFERENCIA: Reiteración Solicitud de Concepto Impedimentos Legales

Respetada doctora:

Por medio del presente memorando, me permito solicitarle muy respetuosamente dar respuesta a la solicitud de concepto, relacionado con los impedimentos legales y su incidencia con la entrada en vigencia de la Resolución Orgánica No. 003 de 2008, lo anterior teniendo en cuenta que se requiere para el normal trámite de los procesos fiscales que esta Dirección de Responsabilidad Fiscal adelanta, en su calidad de primera instancia a nivel nacional.

Lo anterior para su conocimiento y fines pertinentes.

Cordial saludo,

JOSE MILTON BLANCO SANTAMARIA
Director de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva

*Recibido por la Oficina Jurídica
15/08/08
3/08/08*

116-015-2008

4-sep/08

Fsbizn
218-27/08
121



Radicado No: 20082120032303

Fecha: 18-07-2008

MEMORANDO INTERNO

Bogotá D. C.,

212

PARA: Dra. DAYRA ENNA CONCICIÓN PERICO. Directora de la Oficina Jurídica.

DE: JOSE MILTON BLANCO SANTAMARIA. Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

REFERENCIA: Solicitud de Concepto – Impedimentos Legales

Apreciada doctora:

De manera atenta solicito a ese Despacho, se emita concepto acerca de la existencia o no de una causal de impedimento legal que impidiera a esta Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, avocar el conocimiento, en primera instancia, de procesos que fueron conocidos por esta misma oficina y sobre los que se profirieron decisiones en segunda instancia, en vigencia de la Resolución 024 de 2001.

Lo anterior por cuanto la Resolución Número 003 de 2008 modificó las competencias al interior de la Auditoría General de la República, dejando en esta Dirección la responsabilidad de tramitar en primera instancia la totalidad de los procesos de

Declaro
Firma
Julio 22/08
11: AM.

182

Responsabilidad Fiscal, Administrativos Sancionatorios y los de Jurisdicción Coactiva, lo que incluye procesos que en algún momento fueron objeto de pronunciamiento en recurso de alzada o en grado jurisdiccional de consulta.

Agradezco a usted su pronta colaboración.

Cordial saludo,



JOSE MILTON-BLANCO SANTAMARIA
Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

CONTROL FISCAL CON ENFOQUE SOCIAL



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20081100038773

Fecha: 29-08-2008

Bogotá D.C.
110- 049 -2008

Devolver Copia Firmada

Doctor
MILTON BLANCO SANTAMARIA
Director Oficina de Responsabilidad Fiscal
Auditoría General de la República

Referencia: Solicitud concepto impedimentos legales.

Cordial saludo doctor Milton,

En atención a la consulta realizada por usted mediante memorando 2008212003230 se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a su interrogante.

Del objeto de consulta

Se consulta acerca de la existencia o no de una causal de impedimento legal que impida a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, avocar el conocimiento en primera instancia de procesos que fueron conocidos por esta misma oficina y sobre los que se profirieron decisiones en segunda instancia, recurso de alzada o en grado jurisdiccional de consulta, en vigencia de la Resolución 024 de 2001.

Se considera

De los impedimentos y Recusaciones

Respecto de la naturaleza de los impedimentos y recusaciones, en lo referente a los procesos judiciales y los procedimientos administrativos, debe recordarse que son instituciones de derecho procesal cuya única finalidad es la de garantizar que los administradores de justicia ejerzan esta función con total imparcialidad y ecuanimidad. Entiéndase por imparcialidad, *la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.*¹

Haciendo énfasis en la imparcialidad con que debe actuar todo administrador de justicia la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

1

<http://www.rae.es/rae.html>



Angel
01-10-08

"Bajo esta perspectiva, cuando se busca la realización plena del principio de imparcialidad, las razones del impedimento no pueden juzgarse exclusivamente desde la percepción del funcionario judicial, es decir, con la mirada interna de la administración de justicia, sino que también ha de privilegiarse el derecho que asiste a todo ciudadano para que el juez que ha de decidir la causa esté desprovisto de cualquier atadura o preconcepto, así sea puramente conceptual.²".

En este mismo sentido el profesor Lopez Blanco³ indica:

"Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y que, por lo mismo, eventualmente, pueden perder la imparcialidad que debe presidir toda actividad jurisdiccional, o si de hecho así no ocurre, al menos dar pie para que se piense que la han podido perder, con el fin de evitar toda suspicacia en torno a la gestión desarrollada por los jueces y garantizar a las partes y terceros el adelantamiento de los procesos con un máximo de equilibrio, ha consagrado una serie de causales que permiten al juez competente para actuar en un determinado proceso, sustraerse de su conocimiento, para lo cual debe manifestarlo y, en caso de que no lo haga, faculta a quienes intervienen dentro del proceso para que, sobre la base de la causal pertinente, busquen la separación del juez, denominándose lo primero impedimento y lo segundo recusación".

Por remisión expresa del artículo 34 de la ley 610 de 2000, las causales de impedimento para el procedimiento de responsabilidad fiscal son las establecidas de manera taxativa en el artículo 160 del C.C.A., y el artículo 150 del C de P.C.. Éstas, en términos del profesor Betancur Jaramillo, tienen un doble enfoque; operan para el impedimento como para la recusación⁴.

Por otra parte, los administradores de justicia tienen el deber⁵ de declararse impedidos,

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. No.2004-00729-00
³

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005.

⁴

"Aunque lo ideal sería que los funcionarios se declararan impedidos de acuerdo con las causales señaladas en la ley, sin que hubiera intervención de parte, el legislador ha querido ser celoso hasta el extremo para evitar así el desprestigio de la justicia estatal. Por esta razón las causales presentan ese doble enfoque; por un lado, sirven para que el funcionario que sienta reservas morales para decidir con plena imparcialidad se declare, con apoyo en causal específica, impedido para actuar en un proceso determinado; y por otro, para que en caso de silencio del funcionario, pueda la parte adelantar su recusación" (Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, Señal Editora, página 304.)

⁵ Ley 610 de 2000 artículo 33. Declaración de Impedimentos. Los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concorra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma.

empero, tal actuar no puede obedecer al simple querer caprichoso del funcionario. Al contrario, cada caso requiere de una exposición de motivos en los que se manifieste el por qué se considera que los hechos constitutivos del impedimento o recusación efectivamente se adecuan a una o varias de las causales señaladas en la ley para su estructuración; aunado a su correspondiente comprobación.

En cuanto el aspecto probatorio la Corte Constitucional sostiene que las causales de impedimento o recusación son de tipo objetivo o subjetivo⁶. Por las primeras, al tratarse de un hecho objetivo la cuestión se limita a verificar si el hecho existe o no, son disposiciones absolutas que no permiten ningún margen de interpretación subjetiva; por las segundas, la constatación requiere de un mayor análisis probatorio, máxime cuando se está en el escenario de la recusación.

A título ilustrativo, a los secretarios igualmente le son aplicables las mismas causales.

Código Contencioso Administrativo, Artículo 155. Impedimentos y recusaciones de los secretarios. Los secretarios están impedidos y pueden ser recusados en la misma oportunidad y por las causales señaladas para los jueces, salvo las de los numerales 2 y 12.

De los impedimentos y recusaciones de los secretarios conocerá el juez o el magistrado ponente. (...) (Negrilla nuestra).

Del caso concreto

Para el desarrollo del presente concepto únicamente expondremos la causal # 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil; habida consideración que es la que se configura en el caso bajo estudio.

Establece el C de P. C.:

Artículo 150. Son causales de recusación las siguientes: (...).

"2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente."

⁶ Son **objetivas** las siguientes causales: N° 2 (haber conocido del proceso), 3 (parentesco), 4 (guarda), 5 (dependiente), 6 (existir pleito), 7 (denuncia penal contra el juez), 8 (denuncia penal por el juez), 10 (acreedor o deudor), 11 (ser socio), 12 (haber emitido concepto), 13 (ser heredero o legatario) y 14 (tener pleito pendiente similar).

- Son **subjetivas** las siguientes causales: N° 1 (interés en el proceso) y 9 (enemistad grave o amistad íntima). (...) (C-390 de 1993)

(...)

En efecto, el Director de Responsabilidad Fiscal conoció en segunda instancia procesos que ahora debe conocer en primera instancia, y efectuó pronunciamiento sobre ellos; luego, conoció los procesos en instancia anterior, no inferior. Y es que no deben confundirse tales expresiones, pues la primera apunta al tiempo en que se ocurre el conocimiento y la otra a la jerarquía del funcionario de conocimiento. Sobre el tema el H. Concejo de Estado, retomando lo expresado por el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, ha sostenido:

"Por instancia se debe entender que ese conocimiento del proceso debe haberse dado bien en primera instancia, bien sea en segunda instancia. En otras palabras: la norma se refiere a instancia anterior y no a instancia inferior porque bien puede suceder que quien haya conocido en segunda instancia como magistrado encargado, posteriormente puede recibir el proceso en calidad de juez y, naturalmente, la causal se estructura"⁷

Del mismo modo, sobre esta causal, la doctrina y la jurisprudencia han determinado el alcance de sus elementos constitutivos, conocimiento del proceso e instancia anterior, como se puede colegir de las siguientes citas:

"En consecuencia, no cualquier manifestación o actuación procesal resulta suficiente para que la aludida causal se estructure; es menester que se trate de alguna que pudiese llegar a comprometer el criterio del juez en relación con el "asunto debatido", es decir, con las pretensiones, la defensa de la demandada y la valoración probatoria."⁸

Por su parte, el profesor Lopez Blanco ha sostenido una tesis que ha trascendido a la jurisprudencia, señala⁹:

(...) "El conocimiento del proceso a que se refiere el num. 2º del art. 150, es un conocimiento tal, que el funcionario, mediante providencia, haya manifestado sus opiniones frente al caso debatido o sobre aspectos parciales del mismo; v. gr., resolver un incidente de nulidad. Un funcionario que conoció de un proceso sólo de manera fugaz, por ejemplo dictando un auto de sustanciación, pero después se retiró del conocimiento del negocio,

⁷ Consejo de Estado Sala Plena Rad 33390 de 8 de mayo de 2007.

⁸ Consejo de Estado Sala Plena Rad 33390 de 8 de mayo de 2007.

⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005.

no podría ampararse en esta causal para declararse impedido, porque lo que se busca con la causal es separar del conocimiento del proceso a un juez cuando ha tenido ocasión de emitir una opinión que puede ser determinante o al menos influir en el sentido de las decisiones de fondo que deban ser adoptados en el futuro dentro del respectivo proceso. (...)

Siendo esto así, fundados en el carácter temporal que reviste el término instancia anterior, tesis que compartimos, es evidente que los pronunciamientos proferidos en segunda instancia por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en los procesos que ahora conocerá en primer grado anteceden cronológicamente a esta nueva competencia. En consecuencia, este elemento estructural de la causal aducida se configura para el caso objeto de estudio.

En cuanto al conocimiento del proceso, debe analizarse cada caso en concreto con el fin de determinar si con la intervención en el proceso como segunda instancia se emitieron conceptos o se expusieron argumentos de juicio que puedan afectar la objetividad y la imparcialidad.

Concretamente, en relación con la respuesta al recurso de apelación del fallo y el grado de consulta, concluye esta oficina que se configura un discernimiento profundo de todo el proceso, en la medida en que, para dar alcance al recurso y al grado jurisdiccional se requirió de un estudio concienzudo de todos los elementos constitutivos del proceso, lo que genera un designio o idea, de los hechos, el material probatorio, los descargos y alegatos presentados por el procesado, el descarte de posibles causales de nulidad y la decisión tomada por el competente de primer grado, a efectos de confirmar o revocar la decisión tomada.

Es decir, mediante estos actos administrativos proferidos en segunda instancia, en donde se revocan las decisiones de primer grado, se expresaron opiniones, conceptos y argumentos fácticos y jurídicos que influyen e interfieren directamente en el fondo de la decisión, que se quiera o no, sesgan la decisión del mismo administrador de justicia pero ahora en primera instancia.

Por otra parte, de conformidad con lo expuesto en los acápite iniciales de este concepto, la decisión del recurso de apelación del fallo o el acto administrativo en grado de consulta prueba, y reitera nuestra postura, la configuración de la causal de impedimento o recusación planteada, además se constituye en la prueba suficiente que motiva la decisión del administrador de justicia de separarse del conocimiento del proceso.

Asimismo, es más imparcial y benéfico para el administrador de justicia que éste se aparte del conocimiento del proceso; con ello los sujetos procesales perderían razones de peso para dudar de la imparcialidad del trámite del proceso y su decisión. Aunado, al hecho de evitar las vanidades profesionales y ataduras morales inherentes al ser humano, que afectan la imparcialidad; entiéndase, el pretender mantener la postura jurídica tomada en

segunda instancia o buscar sostener una coherencia argumentativa en las decisiones.

Ahora bien, la declaratoria de impedimento es un deber legal radicado en cabeza de los administradores de justicia y cuya inobservancia tiene como consecuencia la existencia de una falta disciplinaria grave o leve, según se califique de acuerdo con el artículo 43 del Código Disciplinario Único. Entonces, razones de más tiene esta oficina jurídica para optar por la tesis de declaratoria de impedimento, a fin de evitar la existencia de algún motivo que pueda contaminar objetivamente la imparcialidad debida, o que lleve al recelo o desconfianza en el destinatario de la función de adelantar los procesos fiscales.

A título complementario, el Código Disciplinario Único señala:

Artículo 36. *Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses.* Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

Artículo 50. *Faltas graves y leves.* Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.¹⁰

Finalmente, la ley 610 de 2000 en su artículo 35 establece el procedimiento por seguir en caso de declararse el impedimento. En su tenor literal la norma indica:

¹⁰

Los anteriores artículos pueden ser leídos en concordancia con:

ARTÍCULO 22. *GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.* El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, **impedimentos** y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

ARTÍCULO 23. *LA FALTA DISCIPLINARIA.* Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, **impedimentos** y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

ARTICULO 35. PROCEDIMIENTO EN CASO DE IMPEDIMENTO O RECUSACION. EI

El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.

Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal avocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento o recusación.

De la norma anterior únicamente debemos decir que, ante la posibilidad de aportar la prueba pertinente, para el presente caso, la comprobación de la misma se hace obligatoria; pues al tratarse de una causal objetiva en la que se debe constatar la existencia o no del hecho, el mismo debe ser probado por medio de la providencia en la que se expresa una opinión de fondo sobre los elementos del proceso, léase, acto que resuelve el recurso de apelación del fallo o el grado de consulta.

Confiando en que lo expuesto en precedencia sea dilucide su inquietud, me suscribo.

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Fabián Jaimes Poveda
Abogado Oficina Jurídica de la A.G.R