



Bogotá D.C.,
110.

Doctora
DIANA CAROLINA FERNANDEZ RAMIREZ
Jefe Oficina de Responsabilidad Fiscal
Contraloría Departamental del Huila
Teléfono: 6088713304
Edificio Gobernación 5to Piso
Huila-Neiva
diana_fernandez@contraloriahuila.gov.co

Referencia: Concepto: 110.080.2023
 SIA-ATC No. 012023000639.

1. *De las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal*

Respetada Doctora Fernández,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del 14 de agosto de 2023, radicado bajo el SIA-ATC. No. 012023000639 (Cod. 02331202302044), en el que hace la siguiente consulta:

«¿Hay lugar a nulidad total o parcial dentro de un proceso de responsabilidad fiscal ordinario y/o verbal cuando la instancia del proceso se ha determinado bajo los presupuestos de la Ley 1150 de 2007, siendo la entidad afectada Empresas Sociales del Estado o Empresas de Servicios Públicos?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes al tema que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. De las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” y la Ley 1474 de 2011 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" regulan el proceso de responsabilidad fiscal.

Así, el artículo 1 de la ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad en los siguientes términos:

«**Artículo 1°. Definición.** El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, 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.»

Así las cosas, el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público ya sea por una conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan la gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen en la generación de tales daños.

La ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.” En el capítulo III referente a las nulidades artículo 36, señala:

«Artículo 36. **Causales de nulidad.** Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal 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. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.**» (negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior se observa que son causales de nulidad la falta de competencia del funcionario, la violación del derecho de defensa o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso. Esto último para el caso de esta consulta es relevante pues la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso consagrado como Derecho fundamental en la Constitución Política en el artículo 29 que reza:

«**ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.»

La Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-125 del 23 de febrero de 2010 respecto de las nulidades, dijo:

«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 –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.»

Teniendo en cuenta lo antes señalado, es dable inferir que la figura de la nulidad se encuentra instituida para controlar la validez de la actuación administrativa o judicial y asegurar el debido proceso a los involucrados.

Ahora bien este despacho en concepto 110.047.2021 (Rad. SIA-ATC. 012021000414 del 15-07-2021), respecto de las nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal, concluyó:

«i) Las nulidades son irregularidades o vicios que se presentan en el trámite de un proceso y que

vulneran el derecho fundamental al debido proceso.

ii) Los únicos requisitos establecidos por el legislador para la solicitud de nulidad, es que se precise la causal invocada y que se presenten las razones que la sustenten. Sin embargo, por remisión normativa se tiene que el único motivo para el rechazo de la solicitud presentada es la invocación de una causal que no esté contemplada dentro de las establecidas en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000; el hecho de no se precise la causal invocada pero que se expongan las razones de la nulidad solicitada, no es suficiente para su rechazo, pues se debe dar trámite atendiendo el derecho fundamental al debido proceso y el principio de eficacia de la función administrativa, para lo cual igualmente se puede complementar la petición con el uso de la disposición del artículo 37 ibídem.»

En este contexto es necesario examinar lo consagrado por la Ley 610 de 2000 respecto del saneamiento de nulidades y los requisitos exigidos para la imputación de responsabilidad fiscal así:

«**Artículo 37. Saneamiento de nulidades.** 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.

(...)

Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando 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 auto de imputación deberá contener:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado. (...)

Como se puede observar, la ley 610 de 2000 solamente exige respecto del auto de imputación de responsabilidad fiscal que contenga: i) la identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado, ii) la indicación y valoración de las pruebas practicadas, iii) la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y por último iv) la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

En este punto es forzoso examinar como se acredita los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal, aspecto sobre el cual esta oficina se ha pronunciado en múltiples conceptos recientemente en Concepto 110.079.2023 del que se destaca lo siguiente:

«La Ley 610 de 2000 por la cual se estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, contempló como uno de los elementos propios de la Responsabilidad Fiscal, el daño patrimonial al estado, el cual se definió de la siguiente manera:

«Artículo 5o. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- **Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.**
- **Un daño patrimonial al Estado.**
- **Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.**

Artículo 6o. Daño patrimonial al estado. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.»

Ahora bien, en sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007, la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, desarrolló el concepto de daño patrimonial al Estado, señalado en el artículo sexto de la Ley 610 de 2000, determinando:

«En el artículo 6°, que contiene las expresiones demandadas, la ley incluyó una definición de daño patrimonial al Estado, que puede descomponerse así:

- a. En primer lugar, la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo.

De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado.

Luego describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro.

- b. En segundo lugar, la norma contiene el criterio de imputación del daño antijurídico, y precisa que el mismo debe ser el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.

Como modalidades de la gestión que pueden conducir a la responsabilidad fiscal la norma enuncia la gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que, en términos generales, no se aplique

al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

4.2. Lo primero que cabe observar a partir del análisis del anterior contenido normativo es que la expresión “intereses patrimoniales” es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante, al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución.» (Negrilla propia)

Como se observa, los elementos de la responsabilidad fiscal se condensan en: i) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, ii) Un daño patrimonial al Estado y iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

De la contextualización anteriormente realizada se puede concluir:

1. La nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal solo podrá ser decretada si se evidencia que existe 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.
2. Corresponderá al operador fiscal el examinar cada caso en concreto a fin de determinar si se presentan los casos normativamente establecidos para la declaratoria de nulidad. En todo caso, no puede perderse de vista que normativamente únicamente se exige respecto del auto de imputación de responsabilidad fiscal que contenga: i) la identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado, ii) la indicación y valoración de las pruebas practicadas, iii) la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y por último iv) la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.
3. Son los elementos de la responsabilidad fiscal que exista una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. En aquellos casos que se den estos supuestos se podrá declarar responsable fiscal al respectivo gestor.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de

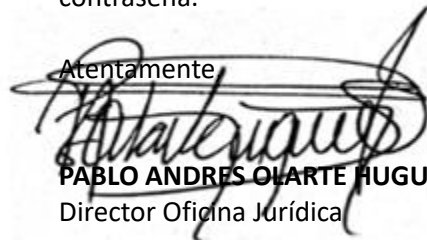
2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«... el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: Avenida Calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y jdsinisterra@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña: abf72f59, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Transcrito por:	Juan David Sinisterra Perlaza
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i>	