

20201100038271

Radicado No: 20201100038271

Fecha: 23-12-2020

Bogotá,
110

Doctor
ÁNGEL EDUARDO PÉREZ FAJARDO
Contraloría General del Putumayo
responsabilidad2@contraloriaputumayo.gov.co

Referencia: Concepto 110.69.2020
SIA – ATC 012020000811
Decreto 403 de 2020.

1. Contabilización términos para resolver nulidades procesales
2. Sustentación vaga de la solicitud de nulidad
3. Procedencia de recursos frente a la decisión: que niega nulidad; que deniega la práctica de una prueba; que decide sobre medidas cautelares; de proceso de doble instancia
4. Desviación de recursos como hecho generador de daño fiscal
5. Caducidad de la acción fiscal en vigencia del Decreto 403 de 2020
6. Covid 19. Calamidad pública o urgencia manifiesta para contratar

Respetado doctor:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, al cual se asignó el SIA-ATC 2020000811, en el que realiza una consulta en relación con los siguientes asuntos:

“a. Procesos adelantados por el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal- Nulidades presentadas con los argumentos de defensa en el término de traslado.

(...)

Dado el caso que dentro del término de traslado que trata el artículo 50 de la Ley 610, uno de los implicados presente argumentos de defensa y dentro de estos una solicitud de nulidad, y esta actuación la realiza antes del vencimiento del termino de traslado, se pregunta 1: ¿el término de cinco (5) días que trata el artículo 109 de la Ley 1474/2011

para resolver esa nulidad debe contarse a partir del vencimiento del traslado que trata el artículo 50 de la Ley 610, o este término cuenta a partir de la presentación del escrito de argumentos de defensa que lleva inmersa la solicitud de nulidad?

Para dar mayor calidad a la pregunta se plantea el siguiente ejemplo dentro del contexto de un ficto proceso que se adelantare en una contraloría territorial por el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal:

- Pedro fue notificado personalmente del auto de imputación el 03 de enero de 2020
- El 20 de enero de 2020 vence el término de 10 días para que Pedro pueda presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer
- En fecha 13 de enero de 2020, Pedro presenta sus respectivos argumentos de defensa y en el mismo documento presenta una nulidad
- ¿El término de cinco (5) días para que el ente de control resuelva esa nulidad debe contarse a partir del 13 o del 20 de enero?

b. Escritos de nulidades vagas- vacuas -generales presentadas con los descargos a la imputación PRF ordinario.

Dentro del decurso de los PRF ordinario una vez surtida la imputación, los sujetos procesales presentan argumentos de defensa frente a la imputación y muchas veces en esos escritos esgrimen existencia de nulidades pero tales apreciaciones las realizan de manera general, vaga, difusa, sin que se argumente las causales del artículo 36 de la Ley 610 de 2000 (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), o sin que se dé cumplimiento a lo exigido en el artículo 38 ibídem, es decir que en el escrito de defensa, de descargos, no precisan la causal invocada ni se exponen las razones que la sustentan, otras veces esgrimen argumentos que no son propios de causales de nulidad conforme a la Ley 610 de 2000, Ley 1474 de 2011 y Decreto Ley 430 de 2020.

Se pregunta 2: *¿En estos casos, tales argumentos deben tramitarse como una nulidad o como descargos frente a la imputación realizada?*

c. Procesos adelantados por el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal- recursos que proceden frente a las decisiones de Nulidades – pruebas- medidas cautelares- acumulación de pretensiones - presentadas en Audiencia de descargos en procesos de única instancia.

La Ley 1474/2011 que reglamenta el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establece:

*“ARTÍCULO 99. AUDIENCIA DE DESCARGOS. La Audiencia de Descargos deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso. La audiencia de descargos tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales, y que se realicen las siguientes actuaciones: [...] 5. **Notificar medidas cautelares** [...] 7. **Aportar y solicitar pruebas.** [...] 11. **Interponer y resolver nulidades.** [...].*

ARTÍCULO 102. RECURSOS. Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos:

El recurso de reposición** procede contra el rechazo a la petición de **negar la acumulación de actuaciones.

*El recurso de **reposición en subsidio el recurso de apelación** procede contra la decisión que **resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas** y contra el auto **que decrete medidas cautelares**, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo.*

Contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación.

*El recurso de **reposición** procede cuando la **cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada.** [...]*

*Empero, la misma Ley establece que: “Artículo 110. Instancias. El proceso de responsabilidad fiscal será de **única instancia** cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, según el caso, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la respectiva entidad afectada con los hechos y será de **doble instancia** cuando supere la suma señalada. Parágrafo 1°. Cuando el presunto daño patrimonial afecte más de una entidad pública, el número de instancias procesales se definirá tomando como base la cuantía para contratación de la entidad que tenga mayor presupuesto oficial.*

*Parágrafo 2°. Serán de **doble instancia**, los procesos de responsabilidad fiscal que se adelanten con entidades afectadas cuya contratación no esté clasificada por cuantías"2". [Negritas nuestras]*

*Dentro del contexto de un ficto proceso que se adelantare en una contraloría territorial por el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal de única instancia, se tiene que en la audiencia de descargos un implicado presenta una **solicitud de nulidad** la cual es resuelta y negada en la misma audiencia, **se pregunta 3:** ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que niega la nulidad: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102; o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/20113?*

*Dentro del contexto de un ficto proceso que se adelantare en una contraloría territorial por el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal de única instancia, se tiene que en la audiencia de descargos se **deniega la práctica de pruebas** solicitada por un implicado, **se pregunta 4:** ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que deniega la práctica de una prueba: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102, o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/20114?*

*Dentro del contexto de un ficto proceso que se adelantare en una contraloría territorial por el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal de única instancia, se tiene que en la audiencia de descargos **notifica del auto que ordena una medida cautelar** en contra de un implicado, **se pregunta 5:** ¿Qué recursos proceden frente a la decisión que ordena esta medida cautelar: Reposición y en subsidio apelación conforme al inciso 2do del artículo 102, o solo el recurso de reposición conforme al inciso 4to del artículo 102 y por respeto a la naturaleza de la instancia (única) en que se encuentre la actuación de conformidad con el artículo 110 de la Ley 1474/20115?*

*Dentro del contexto de un ficto proceso que se adelantare en una contraloría territorial por el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal de **DOBLE INSTANCIA**, se tiene que en la audiencia de descargos un implicado solicita **la acumulación de actuaciones** y el director de la Audiencia la deniega, **se pregunta 6:** ¿Qué recursos proceden frente a esta decisión si el proceso es de doble instancia?*

d. Desviación de recursos públicos - destinación diferente a la prevista en la ley - hecho generador del daño al patrimonio público.

El Decreto – Ley 403 de 2020 en su artículo 126 dispuso “Modificar el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así: "Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. 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, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”

*Dentro del contexto de un ficto proceso auditor, se tiene plenamente probado que una entidad territorial destinó recursos públicos para dar una destinación diferente a la que prevé la Ley, empero el bien, obra o servicio se prestó, ejecutó y/o realizó y está cumpliendo el fin para el cual se contrató, **se pregunta 7:** ¿el hecho de que la entidad territorial haya realizado la desviación de recursos públicos o destinación diferente a la prevista en la ley puede catalogarse por sí mismo como hecho generador del daño al patrimonio público?*

e. Caducidad de la acción fiscal – Decreto – Ley 403 de 2020 - artículo 127, modificatorio del artículo 9 de la Ley 610 de 2000

El Decreto – Ley 403 de 2020 en su artículo 127 modificó el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, ampliando la caducidad de la acción fiscal de cinco (5) a diez (10) años transcurridos desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público sin que se haya proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Este artículo no estableció un parágrafo transitorio como los previstos en otros artículos como el 132 (Modificatorio del artículo 18 de la Ley 610 de 2000), artículo 140 (modificatorio del artículo 57 de la Ley 610 de 2000) que condicionaron su aplicación a los procesos que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley.

*Dentro del contexto de un ficto proceso auditor realizado con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto – Ley 403/2020 se concluye la existencia clara, real, cierta y cuantificable de un hecho generador del daño al patrimonio público, de ejecución instantánea, realizado en el año 2012, **se pregunta 8:** ¿Qué termino de caducidad debe aplicarse al caso, cinco (5) o diez (10) años?, ¿Qué norma debe aplicarse respecto a la caducidad de la acción fiscal, la Ley 610 de 2000 artículo 9 o el Decreto – Ley 403 de 2020 artículo 127?, ¿en el ficto caso planteado se presenta el fenómeno de la caducidad de la acción fiscal o se está dentro de término para ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal?*

f. Pandemia mundial Coronavirus Covid 19- Procedencia de la Calamidad pública – Urgencia Manifiesta

Es un hecho notorio el relacionado con la pandemia generada por el Coronavirus Covid 19 que ha exigido a las autoridades del nivel nacional y territorial realizar las actuaciones necesarias para afrontar esta crisis. Es notorio que el Presidente de la República ha expedido varios decretos por los cuales declaró y prorrogó el estado de excepción (emergencia económica, social y ecológica).

A fin de hacer más expeditos los procesos de contratación de las entidades públicas del orden territorial, los alcaldes y gobernadores cuentan con figuras como la de declarar la situación de la calamidad pública y/o la urgencia manifiesta. Respecto a ello, la normativa establece:

Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”:

“ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado”.

Por su parte la Ley 1523 de 2012 “Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones” definió los conceptos de calamidad pública y de desastre en los numerales 5 y 8 del artículo 4 de la Ley 1523 de 2012 así: “Para efectos de la presente ley se entenderá por: [...] 5. Calamidad pública: Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la población, en el respectivo territorio, que exige al municipio, distrito o departamento ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción. [...]

8. Desastre: Es el resultado que se desencadena de la manifestación de uno o varios eventos naturales o antropogénicos no intencionales que al encontrar condiciones propicias de vulnerabilidad en las personas, los bienes, la infraestructura, los medios de subsistencia, la prestación de servicios o los recursos ambientales, causa daños o

pérdidas humanas, materiales, económicas o ambientales, generando una alteración intensa, grave y extendida en las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad, que exige del Estado y del sistema nacional ejecutar acciones de respuesta a la emergencia, rehabilitación y reconstrucción.”

Tanto la Ley 80 de 1993 como la Ley 1523 de 2012 establecen que su declaratoria y los contratos que se celebren tendrán un control por parte del organismo que ejerza el control fiscal a la respectiva entidad, para lo cual la Contraloría deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración de urgencia o calamidad.

*Sobre la base de lo anterior se **pregunta 9**: Por el hecho notorio denominado Coronavirus Covid 19, ¿a qué figura deben recurrir los alcaldes y gobernadores para hacerle frente a la misma?, ¿calamidad pública?, ¿urgencia manifiesta?, ¿cualquiera de las dos?” (Resaltado en el texto original).*

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicarle que, 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 ...”*(Negrilla fuera de texto).

Es de mencionar que no es competencia 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 y los fondos de bienestar social de las mismas, 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 debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es 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, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Finalmente, le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) 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 y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)”.

Expresado lo anterior, encuentra el Despacho que estas mismas preguntas ya habían sido realizadas por el peticionario, inquietudes que fueron resueltas mediante el concepto nro. 110.35.2020, con oficio radicado con el nro. 20201100018811 del 4 de agosto de 2020.

Por lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 19¹ de la Ley 1755 de 2015, solicitamos se remita a lo señalado por el Despacho, para lo cual remitiremos copia del oficio de respuesta indicado.

De esta manera, damos respuesta de fondo a su petición.

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

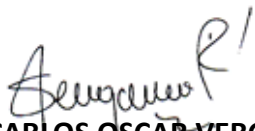
¹ “(...)

Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores, salvo que se trate de derechos imprescriptibles, o de peticiones que se hubieren negado por no acreditar requisitos, siempre que en la nueva petición se subsane

nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y mcalindo@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 dc68e35f; también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

La presente respuesta se brinda dentro de los términos establecidos en la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,




CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ

Director Oficina Jurídica

Anexo: Concepto nro. 110.35.2020, radicado 20201100018811

Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Martha Galindo		22/12/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		22/12/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		22/12/2020

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.