



Doctor

JAIME ARDILA BARRERA

Auditor General de la Nación

AUDITORIA GENERAL DE LA NACION

Ciudad.

Referencia: **DERECHO DE PETICION DE CONSULTA, Art.23 de la CP.**

VICTOR MANUEL ARMELLA VELASQUEZ, identificado con la Cedula de Ciudadanía No.72.167.924 de Barranquilla, concurro a su despacho con todo comedimiento, para solicitar en los términos del Derecho de Petición Constitucional, se sirva usted, de conformidad con sus competencias establecidas en la Constitución Política y Decreto 272 de 2000, absolver las inquietudes de orden jurídico que a continuación formulo, relacionadas con el correcto ejercicio del Control Fiscal en las Entidades Territoriales:

- 1) Seria procesalmente admisible que en un Ente de Control Fiscal del nivel territorial, el funcionario responsable del ejercicio auditor, y que como tal suscribe el informe de auditoría definitivo en que se materializan hallazgos fiscales, sea el mismo responsable y encargado de aperturar, practicar pruebas y fallar el Proceso de Responsabilidad Fiscal que se origina con base en los hallazgos por el mismo encontrados? → (impedimento) → NO
- 2) En la hipótesis antes descrita, podría existir una violación al Debido Proceso? → NO
- 3) Cuales serian las consecuencias procesales de una situación como la planteada en la hipótesis? → ?
- 4) Ante qué funcionario se podría presentar el Recurso de Apelación, si el hipotético funcionario NO tiene superior jerárquico, es decir es el mismo Jefe y Representante del Ente de control? Como se podría garantizar en tal evento el principio de la doble instancia?

Agradezco profundamente su autorizado concepto, el que recibiré en la Carrera 16 A No.79 – 05 Oficina 501 de la ciudad de Bogotá, o mediante correo electrónico en mi cuenta victorarmella@hotmail.com.

Mi número celular es el 3208551500.

Deseándole los mejores éxitos en su importante tarea de Control.

VICTOR MANUEL ARMELLA VELASQUEZ

C.C. 72.167.924 de Barranquilla

Oficina Jurídica
Auditoria Delegada
11

MAH
13/06/13
3:24 pm.
13 Junio/13
11:15

13 JUN. 2013



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20131100032811
Fecha: 05-07-2013

Bogotá D.C.
110-020-2013

Señor
VICTOR MANUEL ARMELLA VELAQUEZ
Carrera 16ª No. 79 – 05 Oficina 501
Bogotá D.C.
Ciudad.



Ref: Derecho de petición, elevado mediante radicado No. 2013-233-004560-2.

Respetado Señor Armella:

Por medio del presente documento esta dependencia procede a dar respuesta a la consulta elevada por usted, en los siguientes términos:

SINTESIS DE LA CONSULTA

El señor Armella solicita a esta oficina pronunciarse respecto de ciertas cuestiones relacionadas con el correcto ejercicio del Control Fiscal, a saber:

1. Sería procesalmente admisible que en un Ente de Control Fiscal del nivel territorial, el funcionario responsable del ejercicio auditor, y que como tal suscribe el informe de auditoría definitivo en que se materializan hallazgos fiscales, sea el mismo responsable y encargado de aperturar, practicar pruebas y fallar el Proceso de Responsabilidad Fiscal que sea originado con base en los hallazgos por el mismo encontrados?
2. En la hipótesis antes descrita, podría existir una violación al Debido Proceso?
3. Cuáles serían las consecuencias procesales de una situación como la planteada en la hipótesis?
4. Ante qué funcionario se podría presentar el Recurso de Apelación, si el hipotético funcionario NO tiene superior jerárquico, es decir es el mismo Jefe y Representante del Ente de control? Como se podría garantizar en tal evento el principio de la doble instancia?

1) CONSIDERACION PRELIMINAR

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es preciso indicar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas ya que, adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal.

Es por eso que nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, razón suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

Habiendo hecho esta aclaración, procede la oficina a dar contestación a su consulta.

05 JUL 2013

2) CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

Recordamos que el control fiscal es una función pública delegada por mandato constitucional a la Contraloría General de la República¹, entidad que en desarrollo de ese mandato ejerce la mencionada actividad por medio del ejercicio auditor y persigue el resarcimiento de los daños patrimoniales ocasionados al peculio del Estado, a través de los procesos de responsabilidad fiscal.

Acorde con esto, en la actividad de control es claro que concurren dos momentos, claramente diferenciado por los objetivos que la administración despliega y persigue en el adelantamiento de cada uno.

En el primer momento que compete al ejercicio auditor, se pretende examinar, bajo los principios de eficacia, economía y equidad, la eficacia en la administración y manejo de recursos públicos, bien sea por servidores públicos o por personas de derecho privado, a la luz de la legislación vigente, siguiendo razonamientos completamente objetivos, conforme a los procedimientos, sistemas y principios definidos por ley. Este estudio debe hacerse de manera posterior y selectiva y debe incluir un control financiero, de gestión y de resultados.

El segundo momento, que deviene del previamente mencionado, tiene su génesis en las cuestiones encontradas, consecuencia del ejercicio auditor, y se encamina a determinar la responsabilidad de aquel servidor público o particular, que por su actuar, doloso o culposo, hubiere ocasionado daño al patrimonio del Estado, definido en el artículo 1ero de la Ley 610 de 2000 como "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".

En términos de la Corte Constitucional, esta diferencia se materializa así:

*"El control fiscal, posterior y selectivo, está llamado a desarrollarse en dos momentos. En un primer momento, las contralorías llevan a cabo la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías sobre los sujetos sometidos al control selectivo, procediendo después a formular las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, e incluso, las glosas que se deriven del estudio de los actos de gestión fiscal controlados. Si como resultado de esa labor de vigilancia, en forma inmediata o posterior, surgen elementos de juicio de los cuales se pueda inferir posibles acciones u omisiones eventualmente constitutivas de un daño al patrimonio económico del Estado, procede el segundo momento en el ejercicio del control fiscal: la iniciación, trámite y conclusión del proceso de responsabilidad fiscal"*²

De conformidad con lo expuesto y mirándolo desde una óptica teleológica, resultaría entonces admisible que el mismo funcionario que realiza el ejercicio auditor, que comporte el elevamiento de un hallazgo para que sea investigado en un proceso de responsabilidad fiscal, sea quien adelante las investigaciones pertinentes para determinar la responsabilidad fiscal de un sujeto determinado, pues, en el primero de los casos el ente de control procura estudiar una gestión para calificarla y en el segundo, como consecuencia de esa calificación, abstracta, determinar el responsable del daño patrimonial y buscar su resarcimiento.

Dando respuesta a su segunda interrogación, considera esta oficina que, el actuar como auditor y, posteriormente, ser el funcionario responsable de adelantar el proceso de

¹ Artículo 267. Constitución Política de Colombia

² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad C-382 del veintitrés (23) de abril de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

responsabilidad fiscal, no va en contra o del principio constitucional del Debido Proceso, pues como bien se explicó el objetivo y alcance de los dos momentos, son completamente diferente y no comportan la connotación de instancias.

Conforme lo anotado y respondiendo a su tercer interrogante, no habría ningún tipo de consecuencia procesal diferente a que el proceso de responsabilidad fiscal podría adelantarse mientras se guarden todas las garantías, no obstante lo cual, debe aclararse que en materia de impedimentos y recusaciones, deberá analizarse cada situación en particular a la luz de las normas que contienen taxativamente estas situaciones, como complemento de lo expuesto y acorde con las dudas expresadas por el peticionante, nos remitiremos en lo pertinente a lo expresado por esta oficina en concepto No. OJ.110.052-2012 de fecha 26/11/2012, el cual se anexa.

Por último, en lo que refiere al último punto de la consulta, además de señalar que por tratarse de un acto administrativo susceptible de intentar acciones judiciales por vía contencioso administrativa para controvertir el contenido de la decisión, vale la pena resaltar, la posición de la sala plena de la Corte Constitucional en sentencia C-054/97, Magistrado Ponente Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, respecto del principio de la doble instancia:

“El recurso de apelación contra una sentencia es una medida facultativa del legislador que éste bien puede establecer cuando se den ciertos supuestos fácticos y jurídicos que razonablemente la aconsejen o propicien. Ello significa que la omisión del recurso no constituye necesariamente la violación del principio constitucional de la doble instancia. **El único evento en que la apelación constituye un medio de defensa ineludible y garantista del derecho a la defensa es en relación con la sentencia condenatoria en materia penal.** Si la consagración del recurso frente a una sentencia, no constituye un imperativo constitucional, salvo cuando en materia penal, menos puede tener dicho alcance frente a otras decisiones de naturaleza diferente que se pronuncien dentro de la actuación judicial o administrativa, así su contenido tenga la extrema importancia de un auto interlocutorio. (negrita y subrayado fuera de texto)

De ésta manera, esperamos haber resuelto las inquietudes por usted planteadas. Éste concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,



MARIA CAROLINA CARRILLO SANTAREN
Directora Oficina Jurídica (E)

Anexo lo enunciado a 8 folios

Proyectó: LMGH – Abogada Oficina Jurídica



Radicado No: 20121100062421

Fecha: 26/11/2012

Bogotá D.C
OJ.110-052-2012

Señor
GUILLERMO ANDRES LONDOÑO RUIZ
Calle 62 No. 5-24 Apto 606, Edificio La Salle
glondonor@gmail.com
Bogotá D.C

Alexander Novoa

Referencia: Rad. No. 2012-233-006785-2
Concepto aplicación de causales de impedimento y recusación en
materia de responsabilidad fiscal.

Respetado Señor Londoño:

En atención a la petición de la referencia, de manera atenta resolvemos su inquietud en los siguientes términos:

1) Síntesis de la consulta.-

Por escrito usted solicita a esta Oficina conceptuar sobre lo siguiente:

"¿ Debe entenderse que las disposiciones previstas en el artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 las cuales prevén los impedimentos y recusaciones para todos los funcionarios públicos en el marco de sus actuaciones, y el Parágrafo 1º del artículo 128 ibidem que posibilita al servidor público de la Contraloría General de la República (Contralor Provincial) a hacer parte de los grupos o equipos de auditoría, no permiten que los mismos funcionarios que participaron activamente en la etapa de investigación preliminar puedan hacer en un mismo proceso fiscal parte de las demás actuaciones subsiguientes que deben seguirse, esto es, participar en la etapa del juicio de responsabilidad fiscal que eventualmente se adelante? Lo anterior teniendo en cuenta que se violarían los principios de juez natural y

doble instancia garantizados ampliamente por las diferentes sentencias proferidas por el Consejo de Estado.

2 ¿En caso de cumplirse estos supuestos facticos, cuál sería la sanción legal en la en la cual incurriría y se vería expuesto el funcionario público responsable, lo anterior en concordancia con la normatividad transcrita y la jurisprudencia citada?

3 ¿Con base en los supuestos facticos aquí expuestos, a partir de que instancia procesal estaría el funcionarios público responsable impedido para adelantar actuaciones en un eventual proceso fiscal?

4 ¿Existe en aras del cumplimiento a un debido proceso y en aplicación al principio de imparcialidad, un término para interponer la recusación pertinente en el supuesto factico aquí planteado?

5 ¿Cuáles serían los efectos jurídicos que se generarían respecto de las actuaciones adelantadas por parte de los funcionarios públicos que eventualmente incurrieran en estas causales de impedimento y recusación?

6 ¿ En un eventual proceso quien sería la autoridad pública responsable de conocer y resolver el impedimento o recusación que podía llegar a presentarse dentro de un proceso fiscal?

7¿ Existen normas complementarias que desarrollen el alcance del parágrafo 1º del artículo 128 de la ley 1474 de 2011, lo anterior teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 113 Ibidem?."

2) Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los órganos de control resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

De conformidad con el Decreto Ley 272 de 2000, en su artículo 18 son funciones de la Oficina Jurídica:

"3. 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."

No obstante lo anterior y frente a temática planteada, de manera general procedemos a pronunciarnos en el mismo orden propuesto:

En materia de impedimentos y recusaciones en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, son aplicables las causales del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, por remisión expresa del artículo 113 de la Ley 1474 de 2011, al fijar disposiciones comunes al procedimiento ordinario y procedimiento verbal en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal.

En tal sentido, deben considerarse, en primer término, las causales establecidas para jueces y magistrados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, norma derogada y reproducida en el artículo 141 de la Ley 1564 de 2012 *Código General del Proceso*, así:

"ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

- 1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*
- 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.*
- 3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
- 4. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, curador, consejero o administrador de bienes de cualquiera de las partes.*

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal o disciplinaria contra el juez, su cónyuge o compañero permanente, o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge, compañero permanente o pariente en primer grado de consanguinidad o civil, denuncia penal o disciplinaria contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil o víctima en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.
10. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, o primero de afinidad, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito, sociedad anónima o empresa de servicio público.
11. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
13. Ser el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.
14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.¹

¹ Ley 1564 de 2012, Artículo 141.

Además de las anteriores causales son de aplicación las especiales, señaladas en el artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, que sobre el particular dispone:

"ARTÍCULO 130. CAUSALES. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

- 1. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.*
- 2. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 3. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado.*
- 4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados."*

Las medidas para el fortalecimiento del control fiscal, particularmente en el nivel desconcentrado de la Contraloría General de la República, fue reglamentado en la Resolución 6541 del 18 de abril de 2012, norma que fijó el alcance en el ejercicio de las competencias tanto individuales como colegiadas, y de esa manera dispuso una participación activa de los contralores provinciales en los diferentes escenarios que componen el ejercicio del control fiscal.

Así las cosas, es preciso hacer claridad que en el desarrollo de la función pública de control fiscal, concurren diferentes momentos marcados por precisas particularidades, que en términos del Consejo de Estado pueden distinguirse así:

"Un primer momento está marcado con el inicio de la actuación, cuando la Contraloría realiza el control en sus respectivas jurisdicciones formulando al efecto observaciones, conclusiones, recomendaciones y en algunos casos haciendo glosas y remitiendo copias a los demás entes de control para lo de su competencia."

"Un segundo momento, cuando evidencia daño e inicia proceso de responsabilidad fiscal, cuya naturaleza netamente administrativa permite que la decisión sobre el imputado, sea controlable ante la jurisdicción contenciosa administrativa."²

Momentos que desde una perspectiva eminentemente jurídico procesal, no tienen la connotación de instancias, pues en el primero de ellos la administración actúa con miras a ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración bajo criterios de gestión; correcta utilización de los recursos; y de los resultados obtenidos.

Mientras que el segundo momento, la actuación administrativa está encaminada a establecer la responsabilidad de aquel servidor público, que por su actuar doloso o gravemente culposo, hubiere causado un daño al patrimonio del Estado, siendo improcedente de esa manera y bajo una perspectiva procesal, referirse en términos de instancias al proceso auditor y al proceso de responsabilidad fiscal.

En tal sentido, de la mera aplicación de la normatividad referida, en materia de competencias en el nivel desconcentrado de la Contraloría General de la República, no se puede predicar la existencia de alguna de las causales de impedimentos y recusaciones establecidas en la Ley 1437 de 2011, ni las del artículo 141 de la Ley 1564 de 2012; lo cual es óbice para que en caso de presentarse alguna de ellas, donde el funcionario competente, aun así, omita declarar su impedimento y persista en seguir conociendo del asunto, se pueda configurar la falta disciplinaria de que trata el artículo 48, numeral 46 de la Ley 734 de 2002, que establece:

"ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes: (.....)

46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto."³

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 41001-23-31-000-1995-08452-02(1528-07), Magistrado Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³ Ley 734 de 2002, artículo 48.

Con relación al momento y forma en que el servidor público debería declararse impedido, al funcionario competente para resolver el impedimento, y a la oportunidad que el interesado tiene para recusarlo, debe seguirse lo dispuesto en el capítulo segundo, artículos 33⁴ y 35⁵ de la Ley 610 de 2000, norma que de manera clara y expresa señala el procedimiento a seguir.

Frente a los efectos sobre la actuación administrativa adelantada por funcionario impedido y/o recusado, es preciso tener en cuenta dos momentos. 1) Cuando el funcionario no se ha declarado voluntariamente impedido, o no ha sido recusado para conocer sobre determinado asunto, es decir, cuando todavía no existe un procedimiento en curso en el cual el superior jerárquico y/o funcional, se encuentra decidiendo una declaración de impedimento o recusación. En este caso, se ha entendido que la actuación administrativa, en principio, goza de plena validez jurídica, teniendo en cuenta la presunción de legalidad con que cuentan los actos administrativos, mientras estos no sean declarados nulos o sean suspendidos provisionalmente por la jurisdicción competente, cuando concurren las causales establecidas en el artículo 137 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 2) Cuando ya se encuentra en trámite una declaración de impedimento o recusación, momento a partir del cual, si bien la competencia no se pierde, esta si se suspende, tal y como lo ha expresado el H. Consejo de Estado, así:

"Tan cierto resulta que ante la existencia de un impedimento o recusación la respectiva actuación se suspende, que un claro ejemplo de ello se observa en el artículo 154 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989 artículo 1 numeral 88, al prescribir: "El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la secretaria el escrito de la recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad"; obsérvese, además, que la actuación que el legislador deja a

⁴ "ARTICULO 33. DECLARACION DE IMPEDIMENTOS. Los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurre alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma."

⁵ "ARTICULO 35. PROCEDIMIENTO EN CASO DE IMPEDIMENTO O RECUSACION. 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."

salvo es aquella realizada con anterioridad a la manifestación del impedimento o a la formulación de la recusación, lo cual no se puede predicar de la actuación surtida con posterioridad a ello, puesto que ante una competencia suspendida, como era de esperarse, el legislador sanciona dicha actuación con nulidad, tal como se previó en el numeral 5 del artículo 140 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989 artículo 1 numeral 80, al decir que el proceso es nulo, en todo o en parte, cuando el proceso "se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida".⁶

(.....) Negrita y subrayado del Despacho.

Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias para el funcionario que omita manifestar su impedimento para conocer de un asunto en particular, cuando las circunstancias y el ordenamiento así se lo exijan, o del uso que se pueda hacer de acciones constitucionales como la tutela, cuando se vulneren garantías y derechos fundamentales con la actuación de la administración.

Por último y con relación a las normas que desarrollan el parágrafo 1º del artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, se reitera que al interior de la Contraloría General de la República, fue expedida la Resolución No. 6541 del 18 de abril de 2012, norma que fijó el alcance en el ejercicio de las competencias tanto individuales como colegiadas en el nivel desconcentrado de la entidad.

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

Proyecto: Santiago Narváez de los Ríos - Profesional Oficina Jurídica

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 26 de agosto de 2004, Rad. 27001-23-31-000-2004-0126-01(3430), Mag. P. María Nohemí Hernández Pinzón.