



Radicado No: 20191100020831

Fecha: 10-07-2019

Bogotá,
110

Doctora

MYRTHIAN ADRIANA CUESTA HERNÁNDEZ

Contralora Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

Contraloría Departamental del Guaviare

mcuesta@contraloriaquaviare.gov.co

Referencia: **SIA ATC 2019000359**

Respuesta a solicitud con radicado N° 2019-233-001867-2 del 24/05/2019

Concepto sobre impedimentos y recusaciones en proceso de responsabilidad fiscal

Respetada doctora:

En atención a su solicitud del pasado 24 de mayo, con Radicado N° 20192330018672, en el cual de manera resumida solicita se conceptúe sobre si: *se está o no incurso en un conflicto de intereses o en causal de impedimento cuando en un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por una contraloría uno de los implicados es funcionario del área de control fiscal de la misma contraloría?*, este Despacho considera necesario realizar previamente las siguientes precisiones.

Conforme a lo consagrado en el artículo 274 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 272 de 2000, la Auditoría General de la República es la entidad competente para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales del país, mediante los sistemas de control financiero, de gestión y de resultados, en desarrollo de los principios de eficiencia, economía y equidad.

El Decreto Ley 272 de 2000, por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 13, numeral 2, establece como objetivo de la Oficina Jurídica el de *Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.*

De igual forma, el referido Decreto Ley 272, en su artículo 18, numeral 3, determina como una de las funciones de la Oficina Jurídica la de *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.*

Así mismo, frente al alcance de los conceptos, 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, en su artículo 28 determina que *Salvo*



disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Dentro de este marco legal, se procede a resolver su solicitud en los siguientes términos:

Frente al asunto objeto de su petición, no se emitirá concepto sobre situación particular o concreta alguna, a efecto de no tener injerencia en la toma de decisiones de las entidades vigiladas o de control, susceptibles posteriormente de ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una mayor claridad sobre el tema, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Por mandato constitucional, artículo 267 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 42 de 1993, se determinó la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen; la cual comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, del proceso de responsabilidad fiscal, del proceso de jurisdicción coactiva y el régimen de sanciones producto del ejercicio de vigilancia de la gestión fiscal.

Posteriormente, mediante la expedición de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, se derogó en su integridad el Capítulo III del Título II de la Ley 42 de 1993, relativo al proceso de responsabilidad fiscal; que luego fue objeto de las modificaciones introducidas en la Sección Primera del Capítulo VIII de la Ley 1474 de 2011.

Referente al tema de los impedimentos y recusaciones aplicable dentro del proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000 establece:

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

ARTICULO 34. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACION. <Ver Notas de Vigencia> Son causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal.

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."

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 determinó al respecto:

"ARTÍCULO 113. CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Las únicas causales de impedimento y recusación para los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal serán las previstas para los jueces y magistrados en la Ley 1437 de 2011."

A su vez, la Ley 1437 de 2011 estableció:

"ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o



apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición. (...)"

A su turno, el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012, determinó sobre el asunto:

"ARTÍCULO 140. DECLARACIÓN DE IMPEDIMENTOS. Los magistrados, jueces, conjuces en quienes concurra alguna causal de recusación deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta.

(...)"



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. (...)"

Por lo tanto, el servidor público que esté incurso en alguna de las causales taxativamente descritas, estará impedido para actuar dentro del proceso, y así lo deberá declarar, so pena de poder ser recusado.

De esta manera se espera haber dado mayor claridad sobre el tema consultado. En consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas, por tanto no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

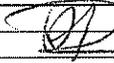
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que por favor la diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N° 64A-29 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Cordialmente,



CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Encuesta de satisfacción de usuarios OI.200.P03.F02.

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	OHRJ		10/07/2019
Revisado por:	COVR		
Aprobado por:	COVR		

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