



AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Teléfono: 110000001 (4 21) P.N.L. y Computación No. 00000-3-1727
Telefax: 104-060000 DEFECCIÓN - INFORMACIÓN Y EDUCACIÓN
P.O. Box: Antioquia 37 RESPUESTA, Foto: 1 Antioquia LOBEN, NIACOC
Oficina: 110 OFICINA JURÍDICA
Destino: 215 GERENCIA SECCIONAL III (CAL)
Código: NO

MEMORANDO INTERNO

Bogotá,
110

PARA: Doctor Henry Sánchez Quiroga
Gerente Seccional III

DE: Ayda Clemencia Cifuentes Rojas
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 0000-1727/466/02
Petición de María Nercy García

Para su información me permito remitirle copia de la respuesta dada por esta Oficina a la señora María Nercy García, a sus inquietudes planteadas sobre nulidades y violación al debido proceso en vigencia de la ley 42 de 1993.

Cordial saludo,


AYDA CLEMENCIA CIFUENTES ROJAS

doz.

COLEPTA, 110.003.2001

Bogotá, D.C., 08 JUN 2001
110

Señora
MARÍA NERCY GARCÍA
Calle 58 Norte N° 2GN-69 Casa 14 Los Geranios
Cali - Valle



Referencia: NUR 0000-3-1727/446-467/03
Derecho de petición - consulta

Apreciada señora:

La Gerencia Seccional III de la Auditoría General de la República envió a esta Oficina su derecho de petición y consulta, con el objeto de que se le dé respuesta al mismo en nombre de la Entidad.

Solicita usted, a través de catorce interrogantes, que se le resuelvan sus dudas e inquietudes sobre eventuales causales de nulidad y violaciones al debido proceso con respecto a procesos que deben terminar con (sic) vigencia de la ley 42 de 1993. Igualmente, si con respecto a las posibles nulidades, existen actuaciones o medios con los cuales se podría enervar o remediar tales nulidades y la autoridad ante quien se puede acudir para presentar quejas sobre tales asuntos.

Esta Oficina procede a atender su consulta en los términos consagrados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y en el mismo orden en el cual se presentaron los interrogantes:

"1) Si habiendo (sic) un presunto contrato de reaseguro, no se vincula a la investigación ni en el juicio a una sociedad contratista, solidaria en el contrato de reaseguro con la aseguradora"

De acuerdo con el artículo 1135 del Código de Comercio el reaseguro no es un contrato a favor de terceros. El asegurado carece de acción directa contra el reasegurador y éste de obligaciones para con aquel. Por lo tanto, en un proceso en el que se ha citado a la compañía de seguros, no se cita al reasegurador, ya que la obligación de éste es con el asegurador no con el tomador o beneficiario.

"2) Si a una sociedad garante del manejo, solo se ordena notificarla en el auto de cierre de la investigación y orden de apertura de juicio fiscal"



Según los procedimientos establecidos en el artículo 79 de la ley 42 de 1993, el momento procesal oportuno para notificar al asegurador, si lo hubiere, es precisamente cuando se notifica el auto de apertura de juicio fiscal, de modo que, en nuestro concepto, en tal caso no existiría irregularidad alguna.

"3) Si a un poder le hace falta hacerle presentación personal al abogado defensor (sic)".

La ley 42 de 1993, en el artículo 89, contenido dentro del Capítulo III, relacionado con el proceso de responsabilidad fiscal, dispone que en los aspectos no contemplados en ese capítulo se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo (CCA) o de Procedimiento Penal.

Dado que el CCA no regula expresamente esta materia, debemos remitirnos a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal. Es así como, éste último Código, en el artículo 304, considera como causales de nulidad la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa.

Así mismo, en materia penal no necesariamente debe existir memorial para que el presunto implicado sea asistido por un apoderado, sino por el contrario constituye una obligación para el funcionario investigador darle la oportunidad de nombrar un defensor que lo asista o designárselo oficiosamente, obviamente en la correspondiente diligencia que se esté adelantado, por cuanto en estos casos lo que se busca es garantizar el derecho de defensa y por consiguiente el debido proceso, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales pertinentes.

Por tanto, en concepto de esta Oficina, el funcionario investigador en los procesos de responsabilidad fiscal debe velar porque se garantice de manera efectiva el derecho de defensa y no coartarlo por una simple formalidad, siempre y cuando la misma no constituya una causal de nulidad debidamente consagrada en las normas legales vigentes que regulan este tipo de procesos..

"4) Si habiendo (sic) varias declaraciones libres y espontáneas a igual número de presuntos responsables, en ninguna de dichas declaraciones aparece la constancia o la firma del defensor respectivo"

La ley 42 de 1993 no exige la presencia necesaria de apoderado del presunto implicado durante la etapa de la investigación; este último puede proponer los medios de defensa que crea necesarios para sus intereses. La misma Ley sólo obliga al nombramiento de defensor o apoderado de oficio cuando no se hubiera podido notificar personalmente al implicado el auto de apertura a juicio fiscal. De modo que, en nuestro concepto, la obligación del funcionario del conocimiento consiste en indicarle al presunto implicado el derecho que le asiste de hacerse acompañar de un apoderado en las correspondientes diligencias, de manera que se garantice y respete el derecho de defensa y el debido proceso.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, con ponencia del H. Magistrado Antonio Barrera Carbonell, a saber:

"El momento procesal para la designación de apoderados, se puede hacer desde cuando el auto de cierre de investigación y apertura de juicio fiscal es notificado a los presuntos responsables fiscales, quienes podrán actuar directamente o a través de representante, para aportar las pruebas que consideren del caso y controvertir las recaudadas hasta el momento en el proceso; existiendo la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas en el momento probatorio del juicio fiscal".

"5) Si habiéndose practicado una declaración libre y espontánea de las anteriores, se decida FINALMENTE una responsabilidad fiscal, con base en la declaración"

Tal como se indicó antes, lo que debe tenerse en cuenta en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal es que no se puede coartar el derecho de defensa del implicado y, por lo tanto, desde que este tiene conocimiento de la existencia de la indagación preliminar o del desarrollo de una investigación o juicio fiscal, puede hacerse parte solicitando se le reciba versión libre y espontánea para lo cual puede nombrar apoderado, sin que ello sea obligatorio.

Sin embargo, reiteramos que según la ley 42 de 1993, cuando no se ha podido notificar personalmente al presunto implicado, sí es necesario el apoderado de oficio, caso en el cual el funcionario de conocimiento debe designarlo para continuar el juicio fiscal.

"6) Cuáles deben ser las formalidades que se deben observar para el nombramiento o designación, posesión del cargo de apoderado de oficio, y consecuencias de su inobservancia?"

De conformidad con las previsiones de la Ley 42 de 1993, para el nombramiento de apoderado de oficio debe tenerse en cuenta que no se hubiera podido efectuar la notificación personal del auto de apertura de juicio fiscal al presunto responsable, para lo cual se pueden consultar las listas de auxiliares de la justicia e inclusive designar miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, tal como lo autoriza el parágrafo del artículo 80 ibídem.

La falta de debida representación del implicado en el juicio fiscal en el cual éste no se ha hecho parte, es causal de nulidad de lo actuado y, por tanto, esta debe declararse por el funcionario competente.

"7) Es imperativa y formalidad plena, la designación, nombramiento, posesión del abogado defensor?"

Si se tienen en cuenta las respuestas anteriores, se deduce en qué casos la falta de apoderado es causal de nulidad. Por tanto, con base en lo normado por la Ley 42 de 1993, en concepto de esta Oficina, si el presunto implicado está actuando directamente no es imperativo el nombramiento de apoderado, salvo en la etapa del Juicio Fiscal cuando éste no hubiere concurrido..

"8) Es aplicable el concepto de defensa técnica en responsabilidad fiscal?"

El juicio fiscal, de acuerdo con el artículo 79 de la ley 42 de 1993, tiene por objeto definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación.

Una de las pruebas dentro del proceso puede ser la versión libre y espontánea de los presuntos implicados. El proceso busca aclarar los hechos y determinar los responsables, por tanto, en aras del debido proceso, las personas tienen derecho al ejercicio de su defensa, bien directamente o a través de apoderado. El ejercicio de la defensa debe hacerse de acuerdo con los fundamentos de la misma, teniendo en cuenta que las pruebas deben aportarse al proceso en legal forma.

La defensa técnica se ha entendido como aquella que se dedica a atender las formalidades procesales o a velar porque ellas se cumplan para garantizar el debido proceso y, por lo general, se realiza partiendo de la base de que existe una confesión de la falla o del delito por parte del investigado. Por consiguiente, en nuestro concepto, la misma tiene cabida en los procesos de responsabilidad fiscal.

"9) Son aplicables las normas de la Ley 610 de 2000, por efecto del principio de favorabilidad en procesos de responsabilidad que se adelantan con términos de la Ley 42 de 1993?"

La ley 610 de 2000, en el artículo 67, se refiere al tránsito de legislación, indicando la forma de aplicación de las normas que regían hasta la fecha de su promulgación para el proceso de responsabilidad fiscal. Es así como, en aquellos procesos en los cuales, para tal fecha, se hubiera proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encontraran en etapa de juicio fiscal, se deben continuar tramitando de acuerdo con lo regulado por la ley 42 de 1993.

Si no se hubiera producido el auto de apertura a juicio fiscal en la fecha de promulgación de la Ley 610 de 2000, esto es, que todavía se encontraba el proceso en la etapa de investigación fiscal al entrar a regir dicha norma, el trámite a seguir es el contemplado en este nuevo régimen -Ley 610 de 2000-.

De otra parte, es principio general de derecho que las normas procesales son de aplicación inmediata, salvo que la misma norma establezca como debe ser su aplicación, como ocurrió con la Ley 610 de 2000; no obstante, no debe olvidarse que lo anterior se refiere única y exclusivamente a los aspectos

procesales, más no a los aspectos sustantivos o principios generales que pueda contener la nueva norma, como es el caso de la Ley 610 varias veces citada.

Específicamente en materia de favorabilidad tenemos que el artículo 29 de la Constitución Política establece:

"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, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"Toda persona se presume inocente mientras no se le 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.

"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

El principio de favorabilidad se ha consagrado de manera excepcional para determinadas materias sin que su aplicación pueda extenderse a otros procesos de manera analógica, por tanto, para aplicar dicho principio en la forma que Usted consulta, es necesario que las leyes que rigen el proceso de responsabilidad fiscal la contemplen expresamente.

"10) Cuáles son los requisitos de las notificaciones, y consecuencias procesales de su inobservancia?"

Las notificaciones en los procesos de responsabilidad fiscal dependen, como en todo procedimiento, de la clase de actuación administrativa que se deba notificar. Específicamente en los procesos materia de su consulta, las notificaciones se surten de conformidad con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el cual en el artículo 48 señala que sin el lleno de los requisitos que la misma obra dispone, no se tendrá por hecha la notificación ni produce efectos legales la decisión, a no ser que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga con ella o utilice en tiempo los recursos legales.

Según el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de enero de 1971 *"Si las notificaciones no se cumplieron conforme a los requisitos exigidos por la ley los actos no pueden producir efecto y por tanto ni aprovechan ni perjudican."*

"11) Cuáles son las leyes, resoluciones, etc., que regulan el tema de las pólizas de manejo, cumplimiento, etc, para la garantía en el proceso fiscal?"

Teniendo en cuenta que el contrato de seguro es un contrato comercial, las normas que lo regulan se encuentran en el Código de Comercio. Las pólizas de manejo son en realidad seguros de responsabilidad cuya normalidad se encuentra en la obra citada, artículos 1127 a 1133. Igualmente, sobre esta materia es necesario consultar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993.

De otra parte, en el evento que el proceso de responsabilidad fiscal verse sobre actos o hechos relacionados con la ejecución de contratos suscritos por entidades públicas, la regulación correspondiente a tales garantías se encuentra en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en especial el 679 de 1994.

Ahora bien, el parágrafo del artículo 75 de la Ley 42 de 1993, faculta al presunto responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal para que solicite el desembargo de sus bienes u ofrecer como garantía para que el mismo no se decrete póliza de seguros por el valor fallante, en cuyo caso dicha póliza deberá expedirse cumpliendo los requisitos que las normas comerciales y financieras establecen. En igual sentido se pronuncia el artículo 12 de la Ley 610 de 2000.

"12) Cuál es el objeto, de citar o vincular, a la aseguradora. Cuáles son sus derechos?"

De acuerdo con la definición que del seguro de responsabilidad contiene el Código de Comercio en el artículo 1127, el objeto de citar o vincular a la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal se puede señalar como el de obtener la indemnización de los perjuicios patrimoniales que el asegurado haya causado al erario público con motivo del ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de la misma, en los términos en que la gestión y la responsabilidad son definidos por las leyes, en este caso las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000.

Los derechos del asegurador, según lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de comercio, se concretan en la posibilidad que tiene de demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad y a no responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada.

"13) Cuál es la competencia del Investigador fiscal, para pronunciarse sobre la vigencia, cobertura, exigibilidad, ejecutoriedad, ejecutividad, etc, de la póliza expedida por el garante en el proceso fiscal?"

Los artículos 75 de la Ley 42 de 1993 y 12 de la Ley 610 de 2000 consagran la posibilidad de levantar las medidas cautelares o impedir su práctica si el presunto responsable otorga garantía bancaria o de compañía de seguros. De igual forma, el artículo 79 *ibídem*, consagra la facultad de vincular al proceso de responsabilidad fiscal al asegurador de la persona cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación.

Así mismo y sobre el segundo aspecto tratado en el inciso anterior, tenemos que el artículo 44 de la ley 610 de 2000 es explícito al señalar que cuando el presunto responsable, o el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso de responsabilidad fiscal se encuentren amparados por una póliza, debe vincularse al proceso a la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable; esta vinculación da a la compañía de seguros los mismos derechos y facultades del principal implicado.

Ahora bien, la garantía en el momento de su constitución debió haber pasado por un estudio realizado por los funcionarios competentes y debió haber sido aprobada en todas sus partes, de acuerdo con las normas legales aplicables en cada evento. No obstante, es obvio que el investigador al pretender hacer valer la póliza en el proceso de responsabilidad fiscal mediante la vinculación del respectivo garante o compañía aseguradora, debe verificar por lo menos su vigencia, cobertura y demás condiciones de dicha garantía, entre otras la prescripción según el artículo 1081 del Código de Comercio, que le permitan cumplir con los mandatos que al respecto contienen las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, según se mencionó antes.

"14) Qué sucede si habiéndose producido el respectivo fallo fiscal, la garante solicita reposición y apelación del fallo argumentando inexistencia de la póliza y del título ejecutivo, como quiera que la póliza no cubría el riesgo; que la póliza no cubría la vigencia, y efectivamente se evidencia que la póliza aportada al proceso en nada se relaciona con los hechos materia del fallo fiscal?"

Ya se observó que según las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 la compañía de seguros es tercero civilmente responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal y tiene los mismos derechos y facultades del principal implicado.

De modo que la compañía de seguros puede proponer en su defensa todas las excepciones y circunstancias que se deriven de las condiciones contenidas en la respectiva póliza. Es evidente que la compañía aseguradora no es civilmente responsable si no está amparando al presunto responsable, o al bien o al contrato sobre los cuales recae el objeto del proceso. La compañía aseguradora como parte reconocida en el proceso fiscal puede utilizar los recursos que la ley le da para impugnar el fallo y aún para adelantar las acciones contenciosas del caso.

Hasta aquí las respuestas al cuestionario.

Debe adicionalmente comentar esta Oficina que la impresión que causan sus inquietudes es de que las mismas podrían tener relación con un determinado proceso de responsabilidad fiscal, del cual no tiene conocimiento la Auditoría General de la República.

Razón por la cual debemos precisarle que las respuestas dadas en esta comunicación no son vinculantes para la Entidad puesto que no están emitidas dentro de una acción concreta con ocasión de un proceso administrativo de los cuales debe conocer la Auditoría.

No obstante lo anterior, para dar cumplimiento a las disposiciones que rigen la atención de los derechos de petición elevados ante las entidades o funcionarios públicos, se consideró procedente resolver su solicitud en términos generales siendo consecuentes con la generalidad y amplitud de los cuestionamientos por Usted planteados.

Igualmente, conviene observar que el proceso citado es administrativo y por lo tanto los recursos contra las decisiones tomadas en el mismo, deben interponerse ante el funcionario del conocimiento o para ante su inmediato superior, de acuerdo con la estructura organizacional o funcional del organismo donde se desarrolle el proceso. De igual forma, el fallo que se dicte puede demandarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Atentamente,



AYDA CLEMENCIA CIFUENTES ROJAS

Directora Oficina Jurídica.



MEMORANDO INTERNO

Santiago de Cali, 24 de abril de 2001
 GSIII -215

PARA: Dra. Clemencia Cifuentes
 Directora Oficina Juridica

DE: HENRY A. SANCHEZ QUIROGA
 Gerente Seccional III

REF: 0122/466/01

por favor estu-
 diar y preparar
 concepto.
 En Cali lo res-
 bieron el 19 de
 octubre/2001 -
 por favor respo-
 derar para el 29 de
 febrero o petici-
 onario y a Cali
 Sección

Para los fines pertinentes y por ser de su competencia conforme lo expresado en la resolución orgánica 080 de febrero 29 de 2000, me permito dar traslado del Derecho de Petición y Consulta, formulado en dos (2) folios por la señora María Nercy García, identificada con la Cédula de Ciudadanía N°. 29'658.785 de Palmira Valle, para que se absuelvan las preguntas formuladas por la peticionaria..

Atentamente,

HENRY A. SANCHEZ Q.
 Gerente Seccional III

CC: Archivo
 E.F.R.M.

6 Junio / 2001

17 de
12:0084
15-11-19-2007
10:20 A.M.

Señores
AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Gerencia Seccional III
Ciudad.-

Referencia: DÉRECHO DE PETICIÓN Y CONSULTA

Cordial saludo.

Obrando en mi calidad de ciudadana colombiana, y conforme a los artículos 17 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, 23 de la Constitución Política y demás normas complementarias, solicito muy comedidamente a su despacho lo siguiente:

PETICIÓN DE CONSULTA:

Solicito su AMABLE colaboración, para que mediante el respectivo concepto jurídico, se me resuelvan mis dudas e inquietudes, sobre EVENTUALES CAUSALES DE NULIDADES Y VIOLACION AL DEBIDO PROCESO, respecto a los siguientes interrogantes, con respecto a procesos que deben terminar con vigencia de la Ley 42 de 1993, y si con respeto a las posibles nulidades, existen actuaciones o medios con los cuales se podría enervar o remediar las nulidades, y la autoridad ante quien se puede acudir para quejas al respecto:

1. Si habiendo un presunto contrato de reaseguro, no se vincula a la investigación ni en el juicio a una sociedad contratista, solidaria en el contrato de reaseguro con la aseguradora.
2. Si a una sociedad garante del manejo, solo se ordena notificarla en el auto de cierre de la investigación y orden de apertura de juicio fiscal.
3. Si a un poder le hace falta hacerle presentación personal al abogado defensor.
4. Si habiendo varias declaraciones libres y espontáneas a igual número de presuntos responsables, en ninguna de dichas declaraciones aparece la constancia o la firma del defensor respectivo.
5. Si habiéndose practicado una declaración libre y espontánea de las anteriores, se decida FINALMENTE una responsabilidad fiscal, con base en la declaración.

6. ¿Cuáles deben ser las formalidades que se deben observar para el nombramiento o designación, posesión del cargo de apoderados de oficio, y consecuencias de su inobservancia?
7. ¿Es imperativa y formalidad plena, la designación, nombramiento, posesión del abogado defensor?
8. ¿Es aplicable el concepto de defensa técnica en responsabilidad fiscal?
9. ¿Son aplicables las normas de la Ley 610 de 2.000, por efecto del principio de favorabilidad, en procesos de responsabilidad que se adelantan con términos de Ley 42 de 1993?
10. ¿Cuáles son los requisitos de las notificaciones, y consecuencias procesales de su inobservancia?
11. ¿Cuáles son las Leyes, resoluciones, etc. que regulan el tema de las pólizas de manejo, cumplimiento, etc. para la garantía en el proceso fiscal?
12. ¿Cuál es el objeto, de citar o vincular, a la aseguradora. Cuales son sus derechos?
13. ¿Cual es la competencia del investigador fiscal, para pronunciarse sobre la vigencia, cobertura, exigibilidad, ejecutoriedad, ejecutividad, etc. de la póliza expedida por el garante en el proceso fiscal?
14. ¿Qué sucede si habiéndose producido el respectivo fallo fiscal, la garante solicita reposición y apelación del fallo, argumentando inexistencia de la póliza y del título ejecutivo, como quiera que la póliza no cubra el riesgo; que la póliza no cubra la vigencia, y efectivamente se evidencia que la póliza aportada al proceso en nada se relaciona con los hechos materia del fallo fiscal?

NOTIFICACIONES: Recibiré correspondencia, citaciones o notificaciones, en la Calle 58 Norte # 2 GN - 69, Casa 14, Los Geranios, Teléfono: 664 22 01, Cali (Valle del Cauca).

Agradezco su gentil atención y colaboración con la petición.

Maria Mercy García
MARIA MERCY GARCÍA
 C.C. 29.656.785 de Palmira