



Radicado No: 20221100022551
Fecha: 05-07-2022

Bogotá,
110

Doctora
JULIANA RODRÍGUEZ
julymargarita@hotmail.com

Referencia: Concepto 110.043.2022
SIA-ATC. 012022000364

1. *Del proceso de responsabilidad fiscal.*
2. *De la versión libre o diligencia de exposición libre y espontánea en el proceso de responsabilidad fiscal.*
3. *Del defensor (de confianza o de oficio) en el proceso de responsabilidad fiscal.*
4. *De los contratos de empréstito y la plataforma SIA-OBSERVA.*
5. *De la actuación especial de fiscalización.*

Doctora Juliana:

La Auditoría General de la República recibió a través de la página web – SIA-ATC el 16 de mayo de 2022 su requerimiento, el cual fue radicado el mismo día con el número 20222330010402 y bajo el SIA-ATC. 012022000364, en el que consulta lo siguiente:

- «-Un apoderado dentro de un Proceso de Responsabilidad Fiscal puede presentar la versión libre del implicado POR ESCRITO o debe ser firmado exclusivamente por el presunto responsable?
- Dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, se le han enviado varias citaciones a versión libre al presunto responsable y este no asiste, pero nombra un apoderado de confianza es posible dictarle imputación sin haberlo escuchado en versión libre?
- Los contratos de empréstito deben ser cargados en la plataforma SIA OBSERVA?
- Es viable que el equipo auditor, compare para determinar un hallazgo fiscal la información recolectada (sic) en el SIA OBSERVA y SECOP, para concluir que los contratos cargados deben ser iguales, en cuanto al número que se carga entre una plataforma y otra?
- En cuanto a la actuación especial de fiscalización, esta puede usarse por las Contralorías territoriales contenida en el Decreto 403 del 2020? (sic) de ser así reemplaza al grupo de reacción inmediata y lo reglamentado en la Ley 1474 de 2011 o es diferente?»

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 (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, 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, 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).

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.

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 que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta.

1. Del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

«Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.»

El numeral 5 del artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República la siguiente atribución:

«Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.»

Atribución ésta extensiva a los contralores territoriales en virtud del inciso cuatro del artículo 272 de la carta.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", en los siguientes términos:

«Artículo 1º. 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.»

El artículo 2º de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso:

«Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.»

El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

«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.

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

El artículo 209 ibidem, establece los principios de la función administrativa así:

«Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.»

Principios que se encuentra igualmente consagrados en el artículo 3º de la Ley 489 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" y en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

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", estableció en el artículo 97, el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

«Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.»

2. De la versión libre o diligencia de exposición libre y espontánea en el proceso de responsabilidad fiscal

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas en la parte final del inciso primero del párrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal», estableciendo en el Título XIII (artículos 124 a 148) reglas procedimentales para el fortalecimiento del proceso de responsabilidad fiscal, las cuales modificaron gran parte del procedimiento establecido en las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011

Estos artículos 124 a 148 fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-090-22, determinando sobre los efectos de la decisión:

«En lo que concierne a los efectos temporales, la Sala aclaró que la decisión de inexecutable, de acuerdo con la regla general dispuesta en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, tiene efectos inmediatos y hacia el futuro.

Así mismo, a efectos de evitar un vacío respecto a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, lo cual afectaría las garantías del debido proceso, la Corte consideró necesario precisar que en el presente caso opera la reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que habían sido modificados o adicionados por los artículos declarados inexecutable.

Es de anotar que esta decisión fue dada a conocer mediante el Comunicado 07 del 9 y 10 de marzo de 2022, por lo que los efectos de ella serán a partir de esa fecha.

Teniendo en cuenta la reviviscencia de los artículos de la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» y de 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.», tenemos que en ellas se consagra la versión libre en los siguientes términos:

La Ley 610 de 2000 establece:

«Artículo 42. Garantía de defensa del implicado. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

En caso de no poder el implicado comparecer a la diligencia, podrá remitir por escrito o por cualquier medio de audio o audiovisual, su versión libre y espontánea, siempre que ofrezca legibilidad y seguridad para el registro de lo actuado.»

La Ley 1474 de 2011, respecto de esta figura de derecho en el proceso 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:

(...)

3. Rendir versión libre.»

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de algunos apartes del artículo

42 de la Ley 610 de 2000 en la sentencia C-131 de 2002, respecto de la exposición libre, dijo:

«De esa disposición se infiere lo siguiente:

- La diligencia de exposición libre y espontánea puede solicitarse durante la indagación preliminar, que es una etapa preprocesal encaminada a establecer si hay lugar al ejercicio de la acción fiscal, o en el proceso de responsabilidad fiscal, pero, en éste caso, antes de que se profiera auto de imputación de responsabilidad.
- El investigado puede designar un abogado que lo asista en la diligencia de exposición libre y espontánea. Ello implica que el ejercicio de la defensa técnica en esa diligencia es facultativa pues el investigado puede elegir si designa o no un apoderado para que lo asista pero en caso de no hacerlo el investigador no está obligado a designarle un apoderado de oficio. Adviértase que la ley no excluye al apoderado del investigado de ese acto sino que la concurrencia de tal profesional queda supeditada a la decisión del procesado.
- Como la designación de apoderado no es obligatoria, su ausencia no conlleva la invalidación de lo actuado. Esto es, el ejercicio de la defensa técnica, como contenido del derecho a la defensa, no es un presupuesto de validez de la versión libre y espontánea. Para tal efecto, resulta intrascendente que el procesado haya decidido hacer uso o no de la facultad que tiene de designar un apoderado que lo asista en esa diligencia.
- Finalmente, el auto de imputación de responsabilidad fiscal no puede proferirse si al investigado no se le ha escuchado en exposición libre y espontánea o si, en caso de no haber comparecido o de no haber sido localizado, no se le ha designado apoderado de oficio. De esto se infiere, por una parte, que la diligencia de exposición libre y voluntaria, ya sea previa al proceso o dentro de él, es ineludible pues condiciona la validez del auto de imputación de responsabilidad fiscal. Por otra parte, la designación de apoderado de oficio para que asista al investigado es obligatoria en dos hipótesis: Cuando el investigado ha sido efectivamente citado y a pesar de ello no ha comparecido y cuando su localización no ha sido posible, exigencia que se explica por la imposibilidad en que se halla de ejercer el derecho de defensa material.

En ese marco, la Corte debe determinar si resultan o no contrarios al Texto Fundamental los dos puntos del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 abordados por la actora: De un lado, el carácter facultativo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal. Y de otro, la validez de esa diligencia en aquellos casos en que se practica sin que el investigado esté asistido por un apoderado.»

En cuanto a la versión libre, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.006.2013 (Radicado 20131100004191 del 1º de febrero de 2013) se pronunció así:

«Dado que el mandato de la Constitución Política obliga a que las garantías que constituyen el debido proceso, entre ellas el derecho de defensa -que implica el de ser oído y vencido en juicio- se cumplan en todo tipo de actuaciones, sean judiciales o administrativas, al igual que sucede en materia penal o disciplinaria, la exposición libre y espontánea es el primer medio de defensa del que goza el implicado. En el curso de esta diligencia, por iniciativa propia, libre de todo apremio y sin la solemnidad del juramento que distingue a la prueba testimonial, el

debe obligatoriamente indicar al presunto responsable que se trata de una diligencia libre de juramento y apremio y que está en plena libertad de responderlas o no.

Por el contrario, en el marco del nuevo esquema procesal de tipo verbal, se dispone la existencia de dos audiencias: la audiencia de descargos y la audiencia de decisión. En la primera, es decir, en la de descargos, se presenta el momento procesal oportuno en donde se oye libre y espontáneamente a los encausados por expresa disposición del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 1474 de 2011, que establece:

"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:
(...)

3) Rendir versión libre." (se resalta)

De otro lado, el artículo 100 de la Ley 1474 de 2011 establece que el trámite de la audiencia de descargos se realizará conforme a las siguientes reglas:

"a) El funcionario competente para presidir la audiencia, la declarará abierta con la presencia de los profesionales técnicos de apoyo designados, el presunto responsable fiscal y su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante, o a quien se haya designado para su representación.(...)" (se resalta)

El sistema oral exige la intermediación del juzgador quien debe tener contacto directo con las partes en el proceso. También con arreglo al principio de intermediación, el proceso de responsabilidad fiscal verbal transcurre en presencia directa de quien profiere sentencia. En tal sentido la ley determina que el implicado en la audiencia de descargos debe rendir su versión libre, pues la razón de ser de la oralidad es precisamente el debate y requiere que las partes sean oídas, es decir, que tengan la posibilidad del contradictorio y un plazo razonable para ofrecer y producir sus pruebas y presentar sus argumentos de defensa.

En la audiencia de descargos, de igual forma, le asiste al operador jurídico el deber de informar al implicado que se trata de una declaración voluntaria, libre de todo apremio, que se encuentra en libertad de responder o no a las preguntas que se le formulen y que le asiste el derecho a nombrar un defensor que lo represente y que en caso de no hacerlo, se le designará un abogado de oficio y se le manifestará su derecho a la no incriminación.

Conforme con lo anterior, se deduce que en el proceso de responsabilidad fiscal que se tramite por la vía verbal, es obligatorio asistir a la audiencia de descargos para rendir la versión libre y en consecuencia, la ritualidad de la misma, deviene igualmente oral. No obstante lo expuesto, por tratarse de un medio de defensa, se considera que éste no debe ser restringido so pena de afectar derechos fundamentales, razón por la cual si la versión libre se presenta por escrito, por el implicado, ésta puede ser leída en el desarrollo de la audiencia.»

Igual posición se presenta en el concepto CGR-OJ-0218-2016 (oficio 2016IE0099772 del 17 de noviembre de 2016) de la misma Oficina, manifestando:

«El artículo 2 de la Ley 610 de 2000 no refiere formalidad alguna para rendir la versión libre



sobre los hechos objeto de investigación. No obstante, el funcionario investigador en el momento de recibir la versión libre del presunto implicado, independientemente de su forma de presentación, está obligado a respetar los principios orientadores del procedimiento administrativo[14], constitucionales[15], y los contenidos en normas especiales[16].

Es por ello que si el presunto responsable decide presentar la versión libre por escrito, debe ser tenida en cuenta por el funcionario investigador e incorporarla atendiendo los derechos de defensa y el debido proceso. Asimismo, si es requerido por la administración y decide asistir, el investigador debe recibirle la versión libre y en el caso de formularle preguntas debe obligatoriamente indicarle que se trata de una diligencia libre de juramento y apremio y que está en plena libertad de responderlas o no.»

Posición jurídica recogida en el concepto CGR-OJ-0155-2017, contenido en el oficio 2017EE0088380 del 24 de julio de 2017, en los siguientes términos:

«3.2. Versión libre. Forma de presentación.

(...)

Como se denota de lo expuesto, en la acción fiscal, está contemplada la versión libre y espontánea. Es oportuno referirse en este caso, a la naturaleza jurídica de la versión libre y espontánea, se trata esta diligencia de escuchar a quien pueda estar implicado en la defraudación del erario, en cualquiera de sus formas, para que libre de cualquier apremio o coerción, realice una narración de los hechos y de su participación en los mismos. Constituye entonces la versión libre, un mecanismo para que la persona comprometida explique las circunstancias que rodearon los hechos objeto de la acción de la contraloría

(...)

De acuerdo con lo expuesto, es importante señalar que la versión libre en el proceso de responsabilidad fiscal comporta un verdadero ejercicio del derecho de defensa. Recuérdese que la disposición legal señala que no podrá proferirse el auto de imputación sin haber cumplido con este requisito, y de no poderse surtir tal diligencia deberá nombrarse apoderado de oficio.

(...)

En este orden jurídico, la versión libre es un derecho del implicado, bien sea que se trate de una indagación preliminar, que en caso de ser solicitada, deberá el operador jurídico realizar tal diligencia y en el proceso de responsabilidad fiscal deberá oírse al presunto responsable antes de proferirse el auto de imputación.

Cabe precisar que existen requisitos para surtir esta actuación, en razón a que le corresponde su recepción al funcionario competente, el cual no puede participar de la misma, salvo para realizar alguna aclaración, tampoco puede incitar a la respuesta, pues como se ha señalado, la versión libre es espontánea, quiere ello significar que el investigado refiere los hechos que conoce y que pueden conducir a esclarecer los hechos materia de investigación.

Teniendo en cuenta que esta diligencia se surte sin el apremio del juramento, y sin la interrogación o instrucción del funcionario instructor, luego al tener esta connotación, bien puede recibirse la misma, en forma oral o escrita. No se cree que genere nulidad u otra irregularidad procesal que tal actuación sea presentada en forma escrita. Ahora, lo que sí debe hacer al respecto el operador jurídico, es incorporarla al expediente, para lo cual se considera debe proferir un auto o dejar la constancia respectiva en el acta de la diligencia

(...)

4 CONCLUSIONES.

(...)

4.2. En razón a que la versión libre constituye una narración en forma voluntaria de los hechos, libre de cualquier coerción, bien puede recibirse en forma oral o escrita, pero debe el operador jurídico incorporarla al expediente.»

3. Del defensor (de confianza o de oficio) en el proceso de responsabilidad fiscal.

La designación de apoderado en el proceso de responsabilidad fiscal no es obligatoria sino facultativa del implicado, tal como se desprende del contenido del artículo 42 de la Ley 610 de 2000:

«Artículo 42. Garantía de defensa del implicado. Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia **podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso**, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.» (Negrilla fuera de la norma)

No obstante, este cuerpo normativo en el artículo 43 establece una "excepción" a dicha facultad potestativa cual es, la imposición de apoderado en dos casos específicos: i) cuando el implicado no puede ser localizado, y ii) cuando el implicado ha sido citado a rendir la versión libre y no comparece, casos en los cuales es el Estado (órgano de control) quien suministrará el defensor (de oficio), a fin de honrar el debido proceso como derecho fundamental y como principio regente en el proceso de responsabilidad fiscal. El artículo 43 de la Ley 610 de 2000 objeto de la reviviscencia dada en la sentencia C-090-22, establece:

«Artículo 43. Nombramiento de apoderado de oficio. Si el implicado no puede ser localizado o citado no comparece a rendir la versión, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso.

Para este efecto podrán designarse miembros de los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.»

La Ley 1123 de 2007 «Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado», determina respecto a los deberes del apoderado

De manera puntual sobre las atribuciones dadas al defensor en el proceso de responsabilidad fiscal, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-0162-2017 (radicado 2017EE0096654 del 14 de agosto de 2017), dijo:

«La precitada norma {art. 42 L 610/00} es clara en señalar que el presunto responsable es quien deberá ser escuchado por parte del investigador y que incluso la presencia de

apoderado en desarrollo de dicha diligencia no es de carácter obligatorio al decir que el implicado *"podrá designar un apoderado que lo asista"*, y en cuanto a la consecuencia de dicha omisión, de manera expresa el mismo mandato legal señala que no se verá afectada la validez de la actuación.

Lo anterior, tiene asidero en el mismo nombre de la diligencia, la cual tiene lugar completamente libre de apremio, y en virtud del principio de inmediación de la prueba, esta permite al director del proceso, percibir de primera mano los hechos y las circunstancias de su acaecimiento, teniendo a la vez la posibilidad de formular preguntas directamente relacionadas con el dicho del presunto con el fin de recaudar tantos elementos de juicio como le sean posibles para adoptar las decisiones procesales pertinentes.

En ese orden de ideas, no puede concebirse que un apoderado, bien sea que obre en virtud de poder general o especial, el defensor de oficio o un tercero, ejerza este derecho de defensa que la ley ha consagrado únicamente para el presunto responsable. Si bien, mediante el derecho de postulación los profesionales en derecho pueden representar a quienes no tienen la capacidad para comparecer por sí mismos a un proceso y realizar actos de disposición del derecho en litigio, tales como transigir, desistir, recibir, etc. [8], previa autorización expresa; esa facultad no se extiende hasta "realizar actos reservados por la ley a la parte misma"[9], lo que equivale en el proceso de responsabilidad fiscal a los actos reservados exclusivamente al presunto responsable en su calidad de tal, como lo es la exposición libre y espontánea.

(...)

Lo anterior, no implica que por el hecho de estar asistido por un abogado de confianza o de oficio, este pueda rendir la versión libre en lugar del implicado, pues se trata de un medio de defensa que radica en cabeza de este.

En conclusión, no es factible que el presunto responsable otorgue poder a un abogado o a un tercero para que rindan la exposición libre y espontánea en su nombre, pues como ya se señaló, el llamado a ser escuchado en dicha diligencia por mandato expreso legal (artículo 42 de la Ley 610 de 2000) es el presunto responsable fiscal.»

Posición jurídica que es reafirmada en el concepto CGR-OJ-0249-2017 (radicado 2017EE0151537 del 13 de diciembre de 2017), en el que trata el tema en el proceso de responsabilidad fiscal verbal, concluyendo:

«De acuerdo a lo expuesto, cuando el presunto responsable fiscal esté representado por un abogado de confianza o de oficio ello no implica que éste pueda rendir la versión libre y espontánea a nombre de aquél, pues el llamado a ser escuchado en dicha diligencia por mandato expreso legal es el mismo presunto responsable fiscal, toda vez que se trata de un medio de defensa que radica exclusivamente en cabeza de sí mismo. Exigiendo su presencia activa en las audiencias, ante la inmediación de las pruebas, de su contradicción y de la toma de decisiones, por tratarse de un proceso de naturaleza oral, a fin de lograr que los presupuestos procesales de inmediación y celeridad procesal se cumplan en dichos trámites.»

4. De los contratos de empréstito y la plataforma SIA-OBSERVA

Referente a su pregunta de si los contratos de empréstito deben ser cargados en la plataforma SIA OBSERVA, el Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, como líder del proceso misional de la Auditoría General de República, en Memorando Interno

Radicado 20222100013963 del 01 de junio de 2022, el cual se allega con el presente concepto, responde:

«El sistema SIA OBSERVA es el sistema de rendición de la contratación efectuada por las contralorías y los sujetos de control de las contralorías. El sistema tiene parametrizado una matriz de legalidad cuyas opciones de modalidad y procedimiento/causal son desplegadas de acuerdo con la naturaleza y régimen legal de cada entidad. En ese sentido los contratos de empréstito deben ser cargados en el sistema con esta modalidad.»

RÉGIMEN LEGAL	MODALIDAD	TIPOLOGÍA	ETAPA
(01)_Derecho Público	01)_(05)_Contratación directa	(05)_(0013)_Contratos de Empréstitos	(01)_Precontractual

Y en cuanto a su inquietud sobre las acciones del equipo auditor al respecto, responde:

«Es potestad de cada Contraloría la aplicación de muestras y técnicas de auditoría al proceso de contratación y el soporte jurídico y procedimental que son causales de determinar un hallazgo.»

5. De la actuación especial de fiscalización

La actuación especial de fiscalización está concebida en el Decreto-Ley 403 de 2020 como una herramienta más para el ejercicio del control fiscal, estableciendo en su artículo 76:

«Artículo 76. Actuación especial de fiscalización. La actuación especial de fiscalización es una acción de control fiscal breve y sumaria, de respuesta rápida frente a un hecho o asunto que llegue al conocimiento de la Contraloría General de la República a través del Sistema de Alertas de Control Interno, o a cualquier órgano de control fiscal por medio de comunicación social o denuncia ciudadana, que adquiere connotación fiscal por su afectación al interés general, la moralidad administrativa y el patrimonio público.» (Negrilla fuera de la norma)

De conformidad con la norma transcrita y en especial al aparte resaltado, es fácilmente concluir que dicha herramienta es de uso tanto para la Contraloría General de la República, como para las contralorías territoriales y para la Auditoría General de la República, que por mandato constitucional son los organismos de control fiscal.

Así mismo, la Guía de Auditoría Territorial Versión 2.0 – GAT en el numeral 1.2.3.3, establece:

«Para el ejercicio del control fiscal podrán ser aplicados sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados y aquellos relacionados con la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Otro tipo de evaluaciones que impliquen la aplicación de métodos y pruebas de mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por las Contralorías Territoriales, mediante procedimientos especiales[17].»

En cuanto a los grupos de reacción inmediata en los organismos de control fiscal, su creación está dada por el legislador en el artículo 115 de la Ley 1474 de 2011, así:

«Artículo 115. Facultades especiales. Los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal crearán un grupo especial de reacción inmediata con las facultades de policía judicial previstas en la Ley 610 de 2000, el cual actuará dentro de cualquier proceso misional de estos Organismos y con la debida diligencia y cuidado en la conservación y cadena de custodia de las pruebas que recauden en aplicación de las funciones de policía judicial en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza de las mismas. Estas potestades deben observar las garantías constitucionales previstas en el artículo 29 de la Constitución Política.»

Norma esta que no fue derogada por el Decreto-Ley 403 de 2020, ni tampoco subrogada, por lo tanto, su vigencia es plena. El mencionado Decreto-Ley lo que hace es crear otras herramientas para el control fiscal.

6. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) La versión libre o diligencia de exposición libre y espontánea es un medio de defensa establecido por el legislador para el investigado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal tanto por procedimiento ordinario (art. 42 L 610/00) como por procedimiento verbal (art. 99 L 1474/11), la cual es rendida por el investigado de manera libre y espontánea, sin apremio de juramento, sin interrogatorio por parte del operador jurídico fiscal.
- ii) La versión libre o exposición libre y espontánea es requisito sine qua non para dictar auto de imputación (inciso segundo art. 42 L 610/00), sin embargo, cuando sea imposible la comparecencia del implicado -sea porque no es posible su ubicación o por renuencia ante citación-, el legislador estableció que para efectos de continuar con el proceso, se le debe nombrar apoderado (también puede ser con apoderado de confianza), con el cual se seguirá adelante el proceso, es decir, que una vez cuente con representación, se puede dictar el auto de imputación (en el procedimiento ordinario) o continuar con la audiencia de descargos (en el procedimiento verbal).
- iii) La versión libre o exposición libre y espontánea puede ser presentada de manera oral o por escrito, siendo facultativo del investigado; si es presentada por escrito en el proceso con trámite verbal, ésta debe ser leída en la respectiva audiencia y se debe incorporar al expediente mediante auto para los procesos con trámite ordinario y mediante constancia en el acta de la respectiva audiencia en los procesos con trámite verbal.
- iv) Para la diligencia de versión libre o exposición libre y espontánea, el investigado está facultado para ser asistido o no por apoderado; dejando explícito el legislador que, si no está asistido por apoderado, la diligencia tiene plena validez. Si el investigado opta por estar asistido por apoderado, dicho poder no es extensible a que el profesional del derecho pueda sustituir al investigado en la

práctica de esta diligencia de versión libre, sea de manera oral o escrita, lo que si puede el apoderado es presentar el escrito contentivo de la versión libre, siempre y cuando ésta se encuentre suscrita por el investigado. Esto opera tanto para el apoderado de confianza como para el apoderado de oficio.

- v) En la plataforma SIA OBSERVA, se debe relacionar la totalidad de la contratación adelantada por el respectivo sujeto de control, esto incluye los contratos de empréstito; información que sirve de base para el equipo auditor adelantar sus procedimientos de vigilancia y control fiscal de conformidad a lo reglamentado por el respectivo órgano de fiscalización.
- vi) La actuación especial de fiscalización es una herramienta establecida por el legislador para adelantar la función de control fiscal; herramienta que es diferente a los grupos de reacción inmediata creados por el artículo 115 de la Ley 1474 de 2011, cosa distinta es que estos grupos puedan adelantar las actuaciones especiales de conformidad a la organización dada al interior del respectivo organismo de control.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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)

Igualmente 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.

(...)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/quest/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 Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fijimenez@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, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar 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 558a17ce También puede consultar su solicitud en 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	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		30/06/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		06/07/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		06/07/2022

Los amba 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.