



Radicado No: 20221100039461

Fecha: 09-11-2022

Bogotá,
110

Doctor

CARLOS ALBERTO LÓPEZ LÓPEZ

Contralor Municipal de Villavicencio

cmvdespachocmv@gmail.com

caldos29@yahoo.es

Referencia: Concepto 110.088.2022

SIA-ATC. 012022000796

1. *Del defensor de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal*
2. *De la designación de los miembros de consultorio jurídico como defensores de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal*
3. *De la indagación preliminar en la responsabilidad fiscal*

Respetado doctor López,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de correo electrónico del 24 de septiembre de 2022, radicado en la AGR el 27 de septiembre de 2022 con el número 20222330022462 y bajo el SIA-ATC. 012022000796, en el que consulta lo siguiente en relación con el artículo 64 de la Ley 2195 de 2022:

- «1. ¿Un estudiante de consultorio jurídico, sólo pueden actuar como defensores de oficio en casos de PRF o IP, cuando la cuantía no supere los 50 SMLMV?
2. ¿ En dado caso de que el presunto responsable sea notificado, pero este nunca se presente?» (sic)

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, abordando los siguientes temas: i) del defensor de oficio en el proceso de responsabilidad fiscal; ii) de la designación de los miembros de consultorio jurídico como defensores de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal; y iii) de la indagación preliminar en la responsabilidad fiscal.

1. Del defensor de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal

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.»

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 norma anterior nos indica que el nombramiento de apoderado de oficio procede en dos eventos: i) cuando el investigado no puede ser localizado; y ii) **cuando citado a rendir versión libre no comparece.**

Así mismo establece que el apoderado de oficio a ser designado puede ser: i) miembro de un consultorio jurídico de la Facultad de Derecho; o ii) abogado inscrito en la lista de auxiliares de la justicia.

En el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 610 de 2000, se encuentra otro evento en el cual procede la designación de apoderado de oficio, siendo éste cuando no es posible la notificación personal del auto de imputación de responsabilidad fiscal:

«Artículo 49. Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal. (...)

Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por aviso o en la página web de la entidad según corresponda, se les designará defensor de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43.»

En el proceso de responsabilidad fiscal tramitado por el procedimiento verbal, según la Ley 1474 de 2011 y atendiendo el artículo 43 de la Ley 610 de 2000 por la remisión normativa establecida en el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, la designación de defensor de oficio procede en dos eventos: i) cuando no es posible la notificación personal del auto de apertura e imputación; y ii) cuando notificado el presunto responsable no asiste a la audiencia de descargos:

«Artículo 98. Etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso verbal comprende las siguientes etapas:

a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un

auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

El auto de apertura e imputación indicará el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remitirá la citación para notificar personalmente esta providencia. Luego de surtida la notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante; (...)

«Artículo 100. Trámite de la audiencia de descargos. La audiencia de descargos se tramitará conforme a las siguientes reglas:

(...)

b) Si el presunto responsable fiscal no acude a la audiencia, se le designará un defensor de oficio;

(...)» (Negrilla fuera de la norma)

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.077.2021 (radicado 20211100036101 del 22 de octubre de 2021), dijo:

«Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes expuesto respecto de la designación de defensor de oficio en el proceso de responsabilidad fiscal, ello, además de constituir una disposición legal imperativa para los casos establecidos en los artículos 42, 43 y 49 de la Ley 610 de 2000 y en el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, es la forma de efectivizar el derecho de defensa como parte integral del derecho al debido proceso para los investigados fiscales que se encuentren en tales condiciones.

Respecto al defensor de oficio, la Corte Constitucional en diversas sentencias se ha referido a esta figura, indicando que el defensor de oficio es una garantía para el ejercicio del derecho de defensa que hace parte del derecho fundamental al debido proceso proceso^[1].»

En este mismo tema, en el concepto 110.043.2022 (radicado 20221100022551 del 5 de julio de 2022), se dijo:

«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:

(...)

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.» (Negrilla fuera del texto)

2. De la designación de los miembros de consultorio jurídico como defensores de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal

La Ley 2113 de 2021 «Por medio del cual se regula el funcionamiento de los consultorios jurídicos»

de las instituciones de educación superior» contiene la regulación sobre los objetivos, creación, funcionamiento y servicios prestados por los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior.

Los servicios prestados por estos consultorios jurídicos se encuentran establecidos en el inciso primero del artículo 6º, así:

«Artículo 6º. Servicios de los Consultorios Jurídicos. Los Consultorios Jurídicos prestarán servicios de asesoría jurídica, conciliación extrajudicial en derecho, representación judicial y extrajudicial, adelantamiento de actuaciones administrativas e interposición de recursos en sede administrativa y pedagogía en derechos. Así mismo, podrán prestar servicios de conciliación en equidad, mediación, mecanismos de justicia restaurativa y litigio estratégico de interés público, así como todos aquellos otros servicios que guarden relación y permitan el cumplimiento de los principios y objetivos establecidos en esta ley.

Estos servicios se prestarán por conducto de los estudiantes de Derecho, bajo la guía, supervisión y control del Consultorio Jurídico (...).

Respecto del servicio de representación, en su artículo 9º, se estableció inicialmente lo siguiente:

«Artículo 9º. Competencia general para la representación de Terceros. Para el ejercicio de la representación de terceros determinados como personas beneficiadas del servicio en los términos de esta ley, los estudiantes, bajo la supervisión, la guía y el control del Consultorio Jurídico, podrán actuar en los casos establecidos en este artículo, siempre y cuando la cuantía no supere los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), salvo la competencia aquí establecida en materia penal, laboral y de tránsito.

(...)

11. De oficio, en los procedimientos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías Municipales, Distritales, Departamentales y General de la República, cuando sea imposible la notificación. De lo anterior se exceptúan los procesos contra funcionarios de elección popular, dirección, confianza y manejo.

12. En los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las Superintendencias, autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas.

(...)

El numeral 11 transcrito fue objeto de modificación por el artículo 64 de la Ley 2195 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», quedando del siguiente tenor:

«11. De oficio, en los procedimientos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías Municipales, Distritales, Departamentales y General de la República, cuando sea imposible la notificación, sin consideración de la cuantía establecida en el presente artículo.»

Como se observa, la modificación consistió en suprimir la excepción establecida respecto a la representación de funcionarios de elección popular y de dirección, confianza y manejo, así como establecer que la representación de oficio en los procesos de responsabilidad fiscal se efectuaría sin atender el límite de cuantía de 50 smmlv establecido en este artículo 9º.

De acuerdo con el numeral 11 vigente, la designación de defensor de oficio procedente de consultorio jurídico en los procesos de responsabilidad fiscal solo es viable cuando no ha sido posible la notificación del auto de apertura y/o del auto de imputación en el procedimiento ordinario, y cuando no ha sido posible la notificación del auto de apertura e imputación en el procedimiento verbal.

3. De la indagación preliminar en la responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000 contempla la figura de la indagación preliminar en los siguientes términos:

Artículo 39. Indagación Preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

Es de anotar que esta disposición había sido modificada y adicionada por el artículo 135 del Decreto-Ley 403 de 2020, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-090 del 10 de marzo de 2022, estableciendo la reviviscencia de la norma original de la Ley 610 de 2000.

De la norma transcrita se obtiene que la indagación preliminar fiscal procede cuando no existe certeza sobre: i) la ocurrencia del hecho; ii) la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento; iii) la entidad afectada; y iv) la determinación de los presuntos responsables. Así mismo, que para su trámite se cuenta con un término de seis meses prorrogable por otro tanto previa justificación; y que el resultado de esta solo puede ser: i) el archivo de la investigación, o ii) la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La Corte Constitucional en sentencia C-840 del 09 de agosto de 2001, respecto a la indagación preliminar en el proceso de responsabilidad fiscal, se refirió en los siguientes términos:

«Siendo del caso enfatizar desde ahora que, con arreglo a la nueva preceptiva legal el proceso de responsabilidad fiscal se inicia formalmente a partir de la expedición del auto de apertura (art. 40 ib.) Por contraste, la indagación preliminar, si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte

del mismo. Tanto es así que en los casos en que a través de la indagación preliminar no se logren verificar los aspectos señalados por el artículo 39 de la ley 610 dentro del término de 6 meses, se deberá concluir con un auto de archivo. Vale decir, en tales hipótesis no existirá proceso de responsabilidad fiscal, ya que su presencia se anuncia sólo a partir del auto de apertura. En consonancia con esto el artículo 9 de la misma ley sitúa la fecha de este auto como el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal. (...)

(...)

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantización de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para último momento, ni condicionarse a la previa determinación de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular con poderes de gestión fiscal. Lo cual no releva a las contralorías de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagación preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610.»

Postura que fuere ratificada en la sentencia C-382 del 23 de abril de 2008, en la que además se dijo:

«También ha resaltado la jurisprudencia, que el proceso mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal cuenta con una sola fase, lo que contribuye a evitar dilaciones injustificadas en este tipo de actuaciones administrativas, y que el mismo se inicia formalmente sólo a partir de la expedición del auto de apertura. Por esta razón, la indagación preliminar, aun cuando puede coadyuvar a la verificación de la conducta que afecta el patrimonio público y a la identificación de su autor, en estricto sentido no hace parte integral del proceso de responsabilidad fiscal. De ahí que en aquellos casos donde a través de la indagación preliminar no se puedan verificar los presupuestos señalados en el artículo 39 de la Ley 610, la consecuencia inmediata es el archivo de la actuación, negándose el paso al proceso de responsabilidad fiscal.

(...)

(...) Esta última, la indagación preliminar, es entonces una etapa previa a la apertura formal del proceso, la cual se decreta, hasta por un término de seis (6) meses, cuando no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, y que concluye con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Si se acredita la existencia de un daño patrimonial al Estado, y existen indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se procede a ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dando paso a la etapa de instrucción o investigación, la cual se debe desarrollar en un término de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal.»

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.035.2021 (radicado 20211100018491 del 11 de junio de 2021) respecto de la indagación preliminar en el proceso de responsabilidad fiscal, entre otras conclusiones, dijo:

- «i) La indagación preliminar fiscal, no hace parte del proceso de responsabilidad fiscal; jurisprudencial y doctrinariamente se tiene como una etapa pre-procesal que tiene por objeto coadyuvar a determinar: 1) la ocurrencia del hecho; 2) la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento; 3) la entidad afectada; y 4) la determinación de los presuntos responsables.

- ii) La indagación preliminar cuenta con un término de seis meses para su trámite, al cabo de los cuales, dependiendo del logro de sus objetivos, sólo procede: 1) el archivo de la investigación, o 2) la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.»

Respecto del mismo tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-131 del 26 de febrero de 2002, estableció:

«Ello es así por cuanto, al examen de la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal, se advierte que, **aparte del carácter obligatorio de la defensa técnica tras el auto de imputación, se han configurado múltiples espacios para que, bien en la etapa de indagación preliminar o bien en el proceso, el investigado pueda ser escuchado, vinculado a la práctica probatoria y a oído sobre la evaluación de las pruebas allegadas.**

(...)

Como puede advertirse, entonces, el régimen legal vigente del proceso de responsabilidad fiscal prevé amplios espacios para el ejercicio del derecho de defensa. Esos derechos existen a lo largo de todo el proceso, incluso desde la etapa de indagación preliminar y tras la ejecutoria del fallo con declaratoria de responsabilidad fiscal. Todas esas oportunidades permiten que el investigado se oponga a la pretensión que alienta la entidad de control fiscal y que lo haga bien directamente o a través de apoderado. Ese cúmulo de oportunidades hacen que todo el peso de la defensa no recaiga necesariamente en la presencia del apoderado en la diligencia de exposición libre y espontánea. O, lo que es lo mismo, que en el proceso de responsabilidad fiscal, el derecho de defensa no se agote en la presencia del apoderado en la referida diligencia pues por fuera de esa oportunidad existen muchos espacios para el ejercicio de una serie de facultades que concretizan suficientemente el derecho de defensa.» (Negrilla fuera del texto)

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-0040-2019 (2019EE0033118 del 21 de marzo de 2019), sobre la indagación preliminar, estableció:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, la Indagación Preliminar es un conjunto de actuaciones "preprocesales" dirigidas a verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado detrimento o intervenido o contribuido a él; su inicio únicamente tiene justificación cuando no existe certeza acerca de cualquiera de dichos eventos.

(...)

En la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011, las indagaciones preliminares no tienen un procedimiento establecido como si lo tiene el proceso de responsabilidad fiscal, por ende, no están sujetas a procedimiento alguno, pues como su nombre lo indica se trata de adelantar las actuaciones necesarias para reunir los elementos para proceder a abrir el proceso de responsabilidad fiscal, en tal sentido se realizan las diligencias que en tal virtud correspondan.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en la indagación preliminar fiscal deberá garantizarse el debido proceso, en este entendido, la indagación preliminar fiscal como actuación administrativa se debe comunicar a la entidad afectada y a los presuntos autores o partícipes del daño al erario, y ordenar y practicar las pruebas que sean conducentes y pertinentes para efectos

de establecer los elementos de que trata el artículo 39 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, si del acervo probatorio recabado se puede establecer la existencia de los hechos constitutivos del daño patrimonial al Erario y la identidad de los presuntos generadores del daño, a éstos deberá comunicarse la actuación en curso, los cuales podrán solicitar que se les reciba la versión libre y espontánea de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429 de la Ley 610 de 2000.»

Por sus mismas características la indagación preliminar es una actuación de preprocesal que el órgano de control fiscal adelanta de forma unilateral, pero que sin embargo como toda actuación administrativa debe respetar el debido proceso y garantizar los derechos fundamentales como lo ha establecido la Corte Constitucional en múltiples sentencias y entre ellas la C-083 del 24 de febrero de 2015, así:

«(...) Legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)»

Ello al punto que, si el investigado se encuentra plenamente identificado o tiene conocimiento de esta, puede solicitar ser escuchado en exposición libre y espontánea y solicitar las pruebas que considere en ejercicio de su derecho de defensa. De no estar identificado el responsable del daño patrimonial, los derechos de defensa y de contradicción frente las pruebas practicadas en la indagación preliminar se efectivizan a partir de la notificación del auto de apertura en el proceso de trámite ordinario, o del auto de apertura e imputación en el proceso de trámite verbal del respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

El legislador al establecer la indagación preliminar en el proceso de responsabilidad fiscal como una actuación preprocesal oficiosa de la administración con el objeto de, a través de gestiones de investigación, determinar la existencia o no de los elementos necesarios para la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, garantiza los derechos de defensa y de contradicción en la medida que el presunto responsable se encuentre identificado y ubicado, siendo potestativo de éste si los requiere ejercer o no, sin que establezca la necesidad del suministro de defensa oficiosa, teniendo en cuenta que tales derechos se garantizan y efectivizan de manera real una vez se inicie de manera formal el proceso de responsabilidad fiscal, en el cual si existe la obligación del nombramiento de defensa de oficio en los casos establecidos en la ley.

4. Conclusiones

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

- i) La designación de defensor de oficio en el proceso de responsabilidad fiscal es un derecho que le asiste al investigado o al imputado fiscal que por cualquier motivo no hubiere sido

posible su vinculación al proceso mediante la notificación del auto de apertura y/o auto de imputación en los procesos de trámite ordinario, o la notificación del auto de apertura e imputación en los procesos de trámite verbal.

- ii) La designación de defensor de oficio procedente de consultorio jurídico en los procesos de responsabilidad fiscal no tiene restricción en cuanto a la cuantía del daño fiscal investigado, como tampoco a la calidad del investigado fiscal, teniendo en cuenta que la modificación dada por la Ley 2195 de 2022 a la Ley 2113 de 2021, suprimió estas restricciones.
- iii) En el trámite de la indagación preliminar, el legislador no contempló la procedencia de la defensa de oficio, así como tampoco la necesidad de defensa técnica, lo cual no afecta en forma alguna la garantía de los derechos de defensa y contradicción del investigado, pues estos se efectivizan de manera concreta en el trámite del respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

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)

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/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y 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 flijimenez@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 8af6efb8. 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		04/11/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		04/11/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		04/11/2022

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.