



Radicado No: 20201100022801

Fecha: 09-09-2020

Bogotá,
110

Señor (a)
helmer.forero4@gmail.com

Referencia: Concepto 110.45.2020
SIA-ATC. 012020000470
1. Del proceso administrativo sancionatorio
2. Del defensor de oficio

Cordial saludo señor (a) helmer.forero4@gmail.com:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de nuestra página web el 04 de agosto de 2020, radicado bajo el SIA-ATC. 012020000470, en el que hace la siguiente consulta respecto a la figura del defensor de oficio en el proceso administrativo sancionatorio:

En la Ley 1437 de 2011, en el capítulo III de Proceso Administrativo Sancionatorio, y en Decreto 403 de 2020, artículo 78 a 83 NO establece el DEFENSOR DE OFICIO, así mismo hay pronunciamientos Jurisprudenciales que señalan que no es necesario en la medida en que no afecta la libertad, ni derechos fundamentales, sino que es una medida coercitiva para la imposición de multas, por tal razón si el sujeto fiscal no se presenta cumplida debidamente la notificación, se continúa el proceso con la consecuente decisión a que hubiere lugar.

La pregunta es ¿Es obligación por parte de las Contralorías, cuando no se presente el sujeto procesal, acudir a las Universidades de Derecho (sic), a fin de que designe un estudiante, para que actúe en calidad de DEFENSOR DE OFICIO?

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicarle que, respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, 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).

Por lo anterior y 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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

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.

Finalmente, 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 termino 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.

(...)

Por lo anterior, este Despacho procede a emitir concepto de manera general respecto de los temas contenidos en su solicitud, así:

1. Del proceso administrativo sancionatorio

La Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”* (CPACA), estableciendo en los artículos 47 a 52, el procedimiento administrativo sancionatorio; determinando en el artículo 47 lo siguiente:

Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las

disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

(...)

Así mismo, el CPACA trae una remisión normativa para lo no contemplado en él, así:

Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” en el Título II “De los organismos de control fiscal y sus procedimientos jurídicos”, Capítulo V “Sanciones”, artículos 99 a 104, establecía las sanciones que podían aplicar directamente o a través de otra autoridad, los contralores, así como los motivos provenientes de la vigilancia y control fiscal por los cuales se aplicarían dichas sanciones, pero no establecía un procedimiento para ello, por lo que la mayoría de los órganos de control fiscal, establecieron sus procedimientos siguiendo los lineamientos del Código Contencioso Administrativo (hoy CPACA) y del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso).

El Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales extraordinarias protempore, expide 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 IX, artículos 78 a 88, el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, normatividad que sin embargo, tal como sucedió con la Ley 42 de 1993, no hace establece el procedimiento a seguir, sino que establece temas como su naturaleza, la competencia para adelantarlos, las conductas sancionables, el tipo de sanciones, los criterios para su aplicación y crea el registro de sanciones.

En cuanto al procedimiento para la imposición de sanciones, el Decreto Ley 403 de 2020, estableció:

Artículo 88. Trámite. El procedimiento administrativo sancionatorio fiscal se tramitará en lo no previsto en el presente Decreto Ley, por lo dispuesto en el Parte Primera, Título III, Capítulo III del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o en las normas que lo modifiquen o sustituyan.

2. Del defensor de oficio

La Constitución Política de 1991 establece:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...)

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.
(...)

(Negrilla fuera de la norma)

También establece la Constitución Política de 1991:

Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

La Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, contempla la posibilidad del defensor de oficio tanto para el procesado como para la víctima en las siguientes disposiciones:

Artículo 8o. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;

(...)

Artículo 11. Derechos de las víctimas. El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código.

En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

(...)

h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio;

<Aparte tachado inexecutable mediante sentencia C-516-07 de la Corte Constitucional>

(...)

Artículo 510. Derecho de defensa. Desde el momento en que se inicie el trámite de extradición la persona tendrá derecho a designar un defensor y de no hacerlo se le nombrará de oficio.

La Corte Constitucional en la sentencia C-71 del 23 de febrero de 2005, respecto del a figura del defensor de oficio en el proceso penal, dijo:

De otro lado, al regular en el artículo 29 el tema del debido proceso, se refiere expresamente a la institución del defensor de oficio en materia penal, y es así como dispone en el inciso cuarto, que "...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;".

Al tenor de lo dispuesto en estos preceptos del Estatuto Superior, en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa.

Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con

abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en sentencia SU-044/95, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico.

(...)

Como es de todos sabido, el defensor puede ser escogido libremente por el sindicato y sólo en el evento de que éste no lo designe o no lo quiera designar, podrá el juez de la causa nombrarle uno "de oficio". La labor que ha de cumplir, en uno y otro caso el abogado nombrado, es idéntica, pues ambos se dirigen a defender en derecho a sus representados, tarea que han de cumplir con eficiencia, honestidad y responsabilidad.

La Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", establece:

Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

La Ley 1437 de 2011 establece como principio a tener en cuenta tanto en las actuaciones administrativas como en los procedimientos administrativos, el del debido proceso, en los siguientes términos:

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

(...)

El CPACA en su Parte Segunda regula lo atinente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo:

Artículo 160. Derecho de postulación. Quienes comparezcan al proceso deberán hacerlo por conducto de

abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.

Los abogados vinculados a las entidades públicas pueden representarlas en los procesos contenciosos administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo.

De la norma anterior concluimos que la presencia del abogado como representante del interviniente, es obligatorio en los procesos que se cursen ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de los diferentes medios de control; sin embargo, la legislación relacionada no hace referencia a tal obligación en su primera parte que regula el procedimiento administrativo general (Título III), dentro del cual se encuentra el proceso sancionatorio administrativo.

La Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, establece la figura de curador ad litem, la cual se asemeja al defensor de oficio aunque su actuar dentro del proceso es más limitado, pues no puede por ejemplo disponer de los actos que le corresponden solo a la parte como lo es disponer del derecho en litigio. Esta Ley establece:

Artículo 48. Designación. Para la designación de los auxiliares de la justicia se observarán las siguientes reglas:

(...)

7. La designación del curador ad litem recaerá en un abogado que ejerza habitualmente la profesión, quien desempeñará el cargo en forma gratuita como defensor de oficio. El nombramiento es de forzosa aceptación, salvo que el designado acredite estar actuando en más de cinco (5) procesos como defensor de oficio. En consecuencia, el designado deberá concurrir inmediatamente a asumir el cargo, so pena de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, para lo cual se compulsarán copias a la autoridad competente.

(...)

Respecto de esta figura, el tratadista Mario Madrid-Malo en su obra Diccionario Básico de Términos Jurídicos, Legis Editores S.A. 1990, establece:

Curador Ad Litem

Mandatario dado por el juez a la persona que no puede o no quiere comparecer en un juicio. Ejerce una curaduría especial y dativa, para representar a un incapaz o ausente.

(...)

Los curadores ad litem actúan en el proceso hasta cuando concurra a él la persona a quien la representación corresponda, o cese el motivo de la misma. (...)

La Corte Constitucional en sentencia T-088 del 09 de febrero de 2006 respecto a esta figura concluyó:

El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión

de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome.

Dicha corporación en sentencia C-083 del 12 de febrero de 2014 de constitucionalidad de la norma del Código General del Proceso respecto de la designación de curador ad litem como defensor de oficio, estableció:

(...) Los defensores de oficio se ocupan de representar judicialmente a una persona que no puede contratar su defensa judicial porque está ausente, por la razón que explique que ello sea así. Ninguno de los procesos judiciales en los que esta situación se presenta podría adelantarse, si no se contara con un defensor de oficio que represente a los intereses de la parte ausente. Sin esta mínima garantía de goce efectivo del derecho de defensa, al debido proceso y al acceso a la justicia, no se puede adelantar ninguna de las etapas del juicio. (...)

(...)

Teniendo en cuenta los deberes especiales de los abogados, en especial su responsabilidad social, y teniendo en cuenta que sin los defensores de oficio los procesos en los que la parte esté ausente no pueden desarrollarse de ninguna manera, la Sala considera que es adecuado distinguir entre los auxiliares de la justicia que se desempeñan como curadores ad litem y el resto, al momento de tomar medidas orientadas a asegurar el goce efectivo del derecho fundamental al acceso a la justicia.

Las instituciones de la defensoría de oficio y la de curador ad litem han sido objeto de críticas, las cuales han hecho parte incluso de los argumentos de procesos de constitucionalidad.[36] No obstante, normativamente son medios idóneos para lograr garantizar el acceso a la justicia para todos los involucrados, en los casos en los que una parte del proceso, que debe ser representada, está ausente.(...)

(...)

En conclusión, para la Sala el legislador no viola los derechos a la igualdad y al trabajo de los abogados que son nombrados curadores ad litem, en calidad de defensores de oficio, al obligarlos a prestar sus servicios de manera gratuita (num. 7, art. 48, CGP), aunque el resto de los auxiliares de la justicia sí sean remunerados. Se trata de un trato diferente que se funda en un criterio objetivo y razonable, en tanto propende por un fin legítimo (asegurar el goce efectivo del acceso a la justicia), por un medio no prohibido y adecuado para alcanzarlo. Se reitera además, que se trata de una carga que no es desproporcionada y que, inspirada en el deber de solidaridad, permite que un grupo de personas que desempeñan una labor de dimensiones sociales (prestar servicios jurídicos), colaboren en la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia en situaciones en que esta puede verse obstaculizada (C-071 de 1995). En consecuencia se declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas.

El Decreto-Ley 196 de 1971 “Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía” en su artículo 30 modificado por el artículo 1º de la Ley 583 de 2000 “Por la cual se modifican los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971”, establece:

Artículo 30. Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca.

Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho, son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios. En tal virtud, acompañarán la correspondiente autorización del consultorio jurídico a las respectivas actuaciones judiciales y administrativas.

La prestación del servicio del consultorio jurídico en ningún caso será susceptible de omisión ni homologación.

Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos, actuando como abogados de pobres:

1. (...)

(...)

9. De oficio, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas.

La Corte Constitucional en estudio de constitucionalidad respecto a la legislación anterior de este artículo (Ley 23 de 1991) en el que se permitía la actuación de los miembros de consultorio jurídico solamente en los procesos penales, laborales y civiles con ciertas características, en sentencia C-617 de 1996, determinó:

Por voluntad expresa del Constituyente, el orden jurídico y el Estado se hallan en la obligación de asegurar a todas las personas, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, el derecho de defensa, que significa plena oportunidad de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Con todo ello se quiere impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

En el proceso penal, habida consideración de las materias en las cuales se ocupa, por las graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria y por estar implicada la libertad de éste, entre otras razones, la seguridad de sus adecuadas y efectivas posibilidades de defensa viene a ser, con mayor razón, exigente imperativo del debido proceso.

De allí que la Corte haya estimado indispensable la incorporación a su doctrina del concepto de defensa técnica, referente a la plena garantía de que las funciones de representación judicial del reo, en las etapas de investigación y juzgamiento, únicamente estarán confiadas a profesionales científicamente preparados, conocedores del Derecho aplicable y académicamente habilitados para el ejercicio de la

abogacía.

(...)

La normatividad objeto de análisis tiene precisamente el sentido de asegurar que la garantía constitucional de la defensa no sea frustrada por la fuerza de las circunstancias, apelando al concurso de quienes están próximos a cumplir los requisitos necesarios para optar el título y tienen conocidos los fundamentos básicos de índole sustancial y procesal, indispensables para asumir la representación judicial de personas económicamente débiles.

La Ley 1123 de 2007 “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”, establece:

Artículo 28. Deberes profesionales del abogado. Son deberes del abogado:

1. (...)

21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.

Igualmente, el mencionado Decreto-Ley 196 de 1971 establece:

Artículo 35. Salvo los casos expresamente determinados en la ley no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas; pero si se constituye mandatario, éste deberá ser abogado inscrito.

La Corte Constitucional en sentencia de tutela T-467 del 18 de octubre de 2005, respecto al defensor de oficio, manifestó:

En cuanto a la afirmación hecha por el actor y avalada por el a-quo, sobre la posible vulneración de su derecho al debido proceso, y consecuentemente el derecho a la defensa, al no haberle nombrado la DIAN seccional Arauca defensor de oficio, o en su defecto curador ad-litem, se permite la Sala aclarar que las actuaciones adelantadas ante las autoridades administrativas de oficio o a petición de parte, no requieren de abogado inscrito, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo diga. Así lo señala expresamente el artículo 35 del Decreto 196 de 1971, e igualmente se deduce de las disposiciones contenidas en el Código Contencioso Administrativo, que desarrollan el procedimiento administrativo.

(...)

Frente al caso que se debate, no se observa que las disposiciones que regulan la introducción y circulación de mercancías extranjeras dentro del territorio colombiano, exijan respecto de las personas que puedan verse involucradas en dichas actuaciones, que éstas deban estar representadas por apoderado judicial, de manera que carece de fundamento la afirmación del actor a este respecto.

Posteriormente dicha Alta Corte en la sentencia C-033 del 25 de enero de 2005 respecto de la constitucionalidad del parágrafo 3º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001, además de recoger la jurisprudencia anteriormente anotada, complementó:

En armonía con lo expuesto, cabe afirmar que en el ordenamiento se pueden identificar supuestos en los que el requisito de la intervención del apoderado se exige: i) de manera imperativa -como sucede en el curso de los procesos penales para garantizar el debido proceso y la defensa técnica del procesado- y aun

Cra. 57C No. 64A - 29, Barrio Modelo Norte, Bogotá D.C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f auditoriageneral](#) [t auditoriagen](#) [a auditoriagen](#) [b auditoriageneralcol](#)

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

de la parte civil[6], ii) como regla general en procesos ordinarios y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo que la ley disponga excepciones (C.P., art. 229) y, iii) en forma facultativa respecto de los trámites de naturaleza administrativa, como en las conciliaciones extrajudiciales en materias no administrativas -Ley 640 de 2001-, en el agotamiento de la vía gubernativa y en los procesos de responsabilidad fiscal y disciplinarios.

En relación con estos últimos, esto es, los procesos de responsabilidad fiscal y disciplinarios, cabe destacar que la designación de apoderado es una decisión autónoma del implicado siempre y cuando comparezca a la actuación; lo que se traduce en que el apoderado puede resultar un requisito irremplazable frente a la ausencia del encartado, para salvaguardar las garantías procesales de estirpe constitucional de las que es titular.[7]

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en concepto CGR-OJ-0134-2018 (contenido en el radicado 2018IE0071094 del 18-09-2018), respecto del apoderado de oficio en el proceso administrativo sancionatorio, manifestó:

Revisada la base de datos de conceptos de la Oficina Jurídica se encuentra que, respecto del proceso administrativo sancionatorio fiscal, en el concepto n.º 00579 de fecha 6 de febrero de 2002 de la Oficina Jurídica de la CGR se dijo:

En las actuaciones administrativas, tanto los particulares como los implicados en los casos concretos, bien pueden actuar por sí mismos o mediante apoderado legal. Las normas administrativas en esta primera parte del Código no traen la obligatoriedad de la representación legal mediante abogado, ni la exigencia de que la administración tenga que designarles un defensor de oficio.

(...)

Por otra parte, se hace conducente indicar que, no se puede confundir el trámite Administrativo Sancionatorio con el de Responsabilidad Fiscal, el cual sí exige apoderado de oficio, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 43 de la Ley 610 de 2000. El Sancionatorio se debe ceñir a lo reglado en la Resolución orgánica 05145 de 2000, especialmente en lo dispuesto en el Artículo 10º en concordancia con el Artículo 35 del C.C.A.

Conforme lo anterior, se identifica con claridad que dentro de las reglas de nuestro ordenamiento jurídico la designación de apoderado frente a la ausencia del encartado, para salvaguardar las garantías procesales de estirpe constitucional de las que es titular, es un imperativo tratándose de los procesos penales y regla general en procesos judiciales tanto ordinarios como contenciosos administrativos (salvo excepción de ley), a la vez que resulta un requisito irremplazable en ausencia del encartado en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y disciplinarios y en otros cuando también exista la norma especial que así lo disponga.

Por el contrario, respecto de los trámites de naturaleza administrativa la designación de abogado es facultativa, debiéndose observar el procedimiento que rige cada caso, como en el Proceso Administrativo Sancionatorio de la CGR, en el cual no existe norma que obligue la designación de apoderado frente a la ausencia del encartado.

(...)

Por ende, es claro que las actuaciones adelantadas ante las autoridades administrativas de oficio o a petición de parte, no requieren de abogado inscrito, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo establezca[28].

5. Conclusiones

5.1. El artículo 101 de la Ley 42 de 1993, tiene un carácter diferente al disciplinario (sancionatorio), disponiendo de la multa y de la amonestación como medidas correccionales o coercitivas que impulsan el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permiten el adecuado, transparente y eficiente control fiscal, por tanto, pueden ser impuestas directamente por los contralores en su ejercicio.

5.2. Las actuaciones adelantadas ante las autoridades administrativas de oficio o a petición de parte, no requieren de abogado inscrito, salvo en aquellos casos en que la propia ley lo establezca.

5.3. En el Procedimiento Administrativo Sancionatorio -PAS- que adelanta la CGR no hay norma especial ni general que obligue la designación de apoderado frente a la ausencia del encartado.

5.4. Teniendo en cuenta la libertad de configuración del Legislador, se destaca que la garantía del debido proceso y del derecho de defensa en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio -PAS- regulado por la Ley 1437 de 2011, tiene como eje primordial la notificación del proceso como manifestación del principio de publicidad de las actuaciones administrativas.

Ese mismo Despacho en concepto CGR-OJ-0174-2018 (contenido en el radicado 2018EE0141924 del 20-11-2018), concluyó:

5.1. En el proceso administrativo sancionatorio debe garantizarse el debido proceso y el derecho de defensa. Constitucional y legalmente no se exige para el caso del Proceso Administrativo Sancionatorio la presencia de un apoderado, sea de oficio o designado por el investigado, como quiera que el debido proceso radica fundamentalmente, en la oportunidad al investigado de rendir sus descargos frente a la conducta que se le imputa y de pedir y/o allegar las pruebas que considere para acreditar su inocencia.

De la normatividad y jurisprudencia transcrita, podemos concluir que:

- i) El acceso a la administración de justicia se da de manera general mediante la representación por parte de abogado, pudiéndose dar casos exceptuados por el legislador;
- ii) La representación por abogado se da a través de la figura de apoderado;
- iii) No obstante lo anterior, al carecer de medios o no poder hacerse presente en el proceso, dicha representación puede recaer en la figura del defensor de oficio o del curador ad litem;
- iv) La figura del defensor de oficio es propia de aquellos procesos en que la parte pasiva puede ser objeto de la aplicación de una pena privativa de la libertad (proceso penal) o de una sanción disciplinaria (proceso disciplinario), lo cual no obsta para que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, haya establecido para otro tipo de proceso dicha figura como es el caso del proceso de responsabilidad fiscal o el proceso contravencional policivo, o de figuras similares como la de curador ad litem en los procesos civiles;

- v) Por disposición legal, en general, para actuar ante las autoridades administrativas no se requiere ni la condición ni la asistencia de abogado (apoderado de confianza o defensor de oficio);
- vi) Por la misma libertad de configuración legislativa, el legislador no contempló para el proceso sancionatorio administrativo (tanto para el general – Ley 1437 de 2011, como para el fiscal – Decreto-Ley 403 de 2020) la figura del defensor de oficio, no obstante, tal proceso debe desarrollarse bajo el imperio de los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 229 de la Constitución Política, 3º de la Ley 489 de 1998 y 3º de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y con especial respeto del principio constitucional del debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

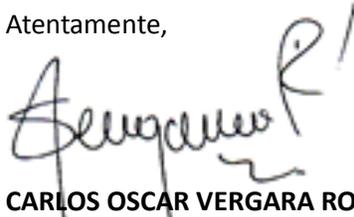
El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso 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)

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 Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y fljimenez@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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione 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 1d4488f6, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		04/09/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		09/09/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		09/09/2020

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.