



A.G.R. GERENCIA SECCIONAL I - 1357-1
 31/05/2007 15:51 AL CONTESTAR CITE: **213-3-2608**
 Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
 Actividad: 01 INICIO Anexos
 Origen: 213 GERENCIA SECCIONAL I (MEDELLIN)
 Destino: 110 OFICINA JURIDICA
 Con Copia:

Gerencia Seccional I

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al contestar cite N.U.P. **218-8-2124**, 01/06/2007 03:56 p.m.
 Trámite: 435 - CONCEPTO
 1-2522 Actividad: 01 INICIO, Folios: 2 Anexos, NO
 Origen: 213 GERENCIA SECCIONAL I (MEDELLIN)
 Destino: 110 OFICINA JURIDICA

MEMORANDO INTERNO GSI.

Medellin,

PARA: CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

DE: NORA HELENA CORREA LONDOÑO
Gerente Seccional I

ASUNTO: Concepto jurídico

Respetado doctor,

Con el propósito de constituir el marco conceptual al momento de evaluar la gestión adelantada por las contralorías municipales y departamentales en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva, controversias judiciales y traslado de hallazgos disciplinarios, solicitamos emitir concepto jurídico frente a los siguientes temas:

1. ¿Si es obligatorio de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional C-131 de 2002, la designación de defensa técnica del presunto responsable, que habiéndosele imputado responsabilidad fiscal, se le haya notificado dicha providencia, pero no ha designado abogado de confianza que lo asista para el ejercicio de defensa técnica?
2. ¿Debe declararse la nulidad de los procesos en los que haya proferido auto de imputación, sin que el presunto responsable haya estado asistido de defensa técnica proporcionada por él o por el organismo de control?
3. ¿Siempre debe designarse curador ad-litem cuando el ejecutado previamente citado no ha comparecido para la diligencia de notificación personal del mandamiento de pago, y en la búsqueda de bienes no arroja resultados positivos?

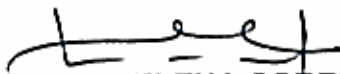
*DRA KATHERINA
04-08-07*

La anterior inquietud surge de las contralorías territoriales, quienes con los límites presupuestales señalados en la Ley 617 de 2000, no cuentan con recursos para asumir el valor de honorarios por curador ad-litem, en especial para los ejecutados que no poseen bienes de fortuna para alcanzar el efectivo recaudo de las acreencias fiscales.

4. ¿El Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 de 2007 que entró en vigencia a partir del pasado 22 de mayo, es aplicable a los funcionarios que gestionan los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y controversias judiciales al interior de las entidades de control? ¿Dichos funcionarios estarían incluidos en la categoría de los que ejercen la profesión de abogados ocupando cargo público?

Agradecemos la oportunidad en la respuesta dado que nos encontramos en la ejecución del plan general de auditorías-PGA-vigencia 2007.

Atentamente,



NORA HELENA CORREA LONDOÑO
Gerente Seccional I

03. JUL. 037. 2007



Devolver Copia Firmada

SERVICIO CORREA

Bogotá, D.C., 03 de julio de 2007
OJ110-

Doctora:
NORA HELENA CORREA LONDOÑO
GERENTE SECCIONAL I
MEDELLIN-ANTIOQUIA
L. C.

REFERENCIA: N.U.R.: 213-3-2124
Solicitud concepto jurídico

Respetada Doctora:

En respuesta a su solicitud, este Despacho considera necesario formular las siguientes precisiones:

1. Con relación al primer punto: "Si es obligatorio de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional C-131 de 2002, la designación de defensa técnica del presunto responsable, que habiéndosele imputado responsabilidad fiscal, se le haya notificado dicha providencia, pero no ha designado abogado de confianza que lo asista para la defensa técnica?"

Al respecto la Ley 610 de 2000 en su artículo 42 señala:

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 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.

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del mencionado artículo 42 en sentencia C-131 de 2002 estableció ciertos momentos

procesales dentro del proceso de responsabilidad fiscal donde el ejercicio del derecho a la defensa se hace obligatorio a través de la defensa técnica:

"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.

No obstante, se impone aclarar que del hecho de que la defensa técnica tenga carácter facultativo en la diligencia de exposición libre y espontánea no se sigue que ese carácter se mantenga a todo lo largo del proceso. Ello es así por cuanto en la estructura del proceso de responsabilidad fiscal existe un momento fundamental que impone la necesidad de acentuar las garantías con que cuenta el investigado para que ellas resulten proporcionales a las afecciones generadas por el compromiso de su responsabilidad. Ese momento está determinado por la emisión del auto de imputación de responsabilidad, decisión que parte de un principio de prueba que compromete al investigado y que genera la expectativa de un fallo condenatorio que puede ser altamente afectivo de sus intereses no solo patrimoniales sino también personales.

La existencia de un acto administrativo fundado en el que al investigado se le imputa responsabilidad fiscal impone que la defensa pierda el carácter facultativo que le asistía hasta ese momento y que a partir de él se torne obligatoria pues de lo contrario sería evidente la desproporción existente entre la situación jurídica generada para el investigado por la imputación formulada en su contra y las oportunidades procesales concebidas para que de una manera legítima y eficaz se oponga a esa imputación y al eventual fallo condenatorio que pueda llegar a proferirse.

De allí por qué sea necesario que a partir del auto de imputación el investigado esté asistido por un defensor pues no puede perderse de vista la complejidad que asume el proceso de responsabilidad fiscal a partir de ese momento y la consecuente necesidad de se realice el derecho a la defensa técnica como el grado más elevado del derecho a la defensa. Tal es el verdadero alcance del artículo 42 de la Ley 610 de 2000 pues de lo contrario carecería de sentido la regla de derecho consagrada en su inciso segundo."

Según lo expresado por la Corte Constitucional el derecho a la defensa técnica se hace obligatorio desde el momento en que se profiere el auto de imputación, porque desde ese instante cambia la situación jurídica del

investigado, ya que para proferir dicho auto se necesita que esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal del implicado, lo que hace que adquiera un grado de dificultad mas alto el ejercicio del derecho a la defensa y se considere que esta deba ser técnica pues es entonces cuando surge la posibilidad de un fallo condenatorio y la responsabilidad que se deriva del mismo puede provocar una serie de consecuencias adversas al ya imputado.

2. Con relación al segundo punto de su consulta "Debe declararse la nulidad de los procesos en los que haya proferido auto de imputación, sin que el presunto responsable haya estado asistido de defensa técnica proporcionada por él o por el organismo de control?"

Al respecto la Ley 610 de 2000 en su artículo 36 establece:

"Artículo 36. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso."

Para dar respuesta al anterior interrogante habría que decir que depende del caso, sin embargo según lo señalado por la Corte Constitucional y la ley 610 de 2000, el derecho de defensa técnica hasta cuando se profiere el auto de imputación es facultativo, pero no se podrá dictar el mismo mientras el investigado no haya sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea

En concepto de esta Oficina se configura una causal de nulidad por no haber estado asistido de defensa técnica el presunto implicado ya sea proporcionada por él o por el organismo de control, cuando ha sido efectivamente citado y a pesar de ello no ha comparecido y cuando su localización no ha sido posible, exigencia que se hace necesaria por cuanto se encuentra en imposibilidad de ejercer su derecho de defensa material, únicas dos hipótesis donde es obligatoria la defensa técnica antes de dictar el auto de imputación como ya lo mencionó la Corte Constitucional.

3. ¿Siempre debe designarse curador ad litem cuando el ejecutado previamente citado no ha comparecido para la diligencia de notificación personal del mandamiento de pago, y en la búsqueda de bienes no arroja resultados positivos?

Al respecto la Ley 42 de 1993 menciona

ART. 90.—Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente ley,

se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.

El artículo 564 Código de Procedimiento Civil establece:

"ARTÍCULO 564. NOTIFICACION DEL MANDAMIENTO EJECUTIVO. Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, se le citará por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión, y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.

Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador ad litem, con quien se seguirá el proceso hasta cuando aquél se presente.

En la misma forma se hará la citación para notificar los títulos ejecutivos a los herederos del deudor."

La designación de curador ad- litem es un procedimiento ordenado por la ley, que tiene por objeto garantizar la igualdad entre las partes, al permitir la representación legal del demandado ausente. Al nombrarse un profesional del derecho para continuar con las actuaciones procesales, lo que se busca es garantizar el derecho de defensa.

En concepto de esta Oficina la Ley es clara en cuanto a la exigencia de nombrar curador ad litem cuando no se ha podido surtir la notificación y no hace ninguna distinción entre quienes tienen bienes y quienes no los tienen, es una garantía procesal para el que no está presente, que debe ser respetada a todo individuo independientemente del manejo presupuestal que tenga la entidad.

4. ¿El Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 de 2007 que entró en vigencia a partir del pasado 22 de mayo, es aplicable a los funcionarios que gestionan los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y controversias judiciales al interior de las entidades de control? ¿Dichos funcionarios estarían incluidos en la categoría de los que ejercen la profesión de abogados ocupando cargo público?

Al respecto la ley 1123 de 2007 establece:

ARTÍCULO 18. AMBITO DE APLICACIÓN. El presente código se aplicará a sus destinatarios cuando incurran en falta disciplinaria dentro del territorio nacional y extranjero. En este caso será menester que la gestión profesional se hubiere encomendado en Colombia.

PARÁGRAFO. Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las universidades del país, serán disciplinados conforme a los estatutos de la correspondiente universidad.

ARTÍCULO 19. DESTINATARIOS. Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.

Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores ad litem. Igualmente, lo serán los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título.

Artículo 29. Incompatibilidades. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

(...)

Esta ley señala que como destinatarios a los abogados que cumplan la misión de asesorar, patrocinar y asistir entre otras a personas jurídicas de derecho público en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas.

Es necesario mencionar que se entiende por relaciones jurídicas:
¹Entiéndese por relación, explican Del Arco y Pons en un sentido muy general, el orden o referencia de dos o mas cosas entre sí, y cuando los extremos entre los que se da esa especial posición recíproca en que la relación consiste son hombres se habla de relaciones humanas. Cuando esa posición recíproca y las actitudes que la misma entraña están reguladas por una norma de derecho se dice que es una relación jurídica y concluyen diciendo que es la situación de mutua y recíproca vinculación entre dos o mas personas regulada por una norma de derecho, originada como consecuencia de un hecho ya natural o ya producido voluntariamente en el orden real, y que tiene por objeto determinadas prestaciones.

De otra parte establece también que se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con el ejercicio de la profesión.

¹ DICCIONARIO JURIDICO, Luis Fernando Bohórquez, Editora Jurídica Nacional, pág. 676. Tercera Edición 2000.

Así mismo debe revisarse el término funciones públicas

Sentencia C-631/96

FUNCION PUBLICA-Naturaleza

"La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines." (...)

En este orden de ideas se entiende que las funciones de gestionar los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y controversias judiciales al interior de las entidades de control hacen parte del ejercicio del control fiscal que es una función pública según lo señalado en el artículo 267 de la Constitución Política.

De igual forma el artículo 272 de la Constitución Política establece la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Al respecto la Ley 42 de 1993 el artículo 4 señala:

"**Artículo 4º.-** El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles." (...)

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

Sentencia C- 374 de 1995

"El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública."

Sentencia 403 de 1999 Corte Constitucional

La Constitución Política reconoce a la función de control fiscal de un carácter público, como una actividad independiente y autónoma. El control fiscal se reconoce así a la Contraloría General de la República y en los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, les corresponde a éstas el ejercicio de la función fiscalizadora en forma

posterior y selectiva. Este constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado

Así mismo la Corte Constitucional mencionó

"6.1. Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, la de "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 sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993)".

"La Ley 6ª de 1992, en su artículo 112 consagra la facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales. "De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional tales como ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. Para este efecto la respectiva autoridad competente, otorgará poderes a funcionarios abogados de cada entidad o podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados".

Aunque la norma antes trascrita hace relación a entidades del orden nacional de lo aquí mencionado se puede colegir que todos los funcionarios quienes adelantan este tipo de actuaciones deben ser abogados debido a que se requiere de una especial condición de idoneidad para desarrollar esas funciones y actividades, se deben tener, por consiguiente, conocimientos especiales, habilidades, destrezas y tecnicismos jurídicos, que se adquieren mediante el conocimiento obtenido en el transcurso de la carrera y el desempeño profesional. De igual forma sucede con los funcionarios que intervienen en los procesos de responsabilidad que deben ser adelantados con sujeción a lo establecido en la ley 610 de 2000 y en los aspectos no previstos en esta ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con lo anterior se desprende que los empleados públicos que adelantan procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva son abogados que cumplen funciones públicas y dentro de las funciones

asignadas a su empleo cumplen aquellas que son propias del ejercicio de la profesión de abogado.

En nuestro ordenamiento legal, la profesión de abogado se encuentra regulada por la Constitución Nacional y por la ley 1123 de 2007, correspondiendo el control de la misma al Estado, quien lo ejerce a través de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior y Seccionales de la Judicatura. En tal sentido, el artículo 256 numeral 3 de la Constitución Nacional, establece:

"Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo con la ley, las siguientes atribuciones (...)

.3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley..."

La Constitución Política no excepcionó ni condicionó la competencia, sino que la extendió a todos los casos en los cuales los abogados ejercen la profesión del derecho.

Por lo tanto, el ejercicio de la profesión de abogado, regulado por la ley 1123 de 2007, está sujeto a unas condiciones específicas, relacionadas únicamente con la manera como los profesionales deben ejecutar esa labor, teniendo en cuenta las características de la misma. A diferencia del régimen disciplinario consagrado en la ley 734 de 2002 que hace referencia exclusivamente al desempeño de las funciones públicas y pretende garantizar la efectividad de la gestión oficial con el objetivo de cumplir los fines del Estado. Si en una misma persona concurren las dos actividades por que le está asignada dentro de sus funciones el ejercicio de actividades propias de la profesión de abogado, resulta procedente que su conducta sea examinada y disciplinada bajo las dos concepciones es decir, como funcionario que desarrolla funciones públicas y como abogado ya que puede haber vulnerado los deberes que le correspondían en uno y otro campo.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,

CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Directora Oficina Jurídica

krr