

**FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA**



Radicado No: 20191100034771

Fecha: 25-11-2019

Bogotá,
110

RA 21194841 eo

Señor
RICARDO ARDILA RODRIGUEZ
Manzana 0 Casa 8 Barrio Villa Alexander
Girardot – Cundinamarca

Referencia: **RADICADO: SIA ATC 2019000779 RADICADO No. 20192330040482**
Concepto sobre el proceso de responsabilidad fiscal.

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto del 17 de octubre de 2019, el cual solicita que esta oficina conceptúe sobre:

"(...) me dé concepto jurídico, si en los procesos de responsabilidad fiscal, que se adelantan, bajo la luz, de la ley 610 de 2000, la vinculación de la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable: Pregunto: se vincula al funcionario público presuntamente responsable, con la póliza personal, que lo ampara como servidor público, o la vinculación se hace con la póliza única que ampara el contrato estatal (...)

(...) me dé concepto jurídico, si el grado de consulta en defensa del interés público del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales del funcionario presuntamente responsable, cuando ha sido representado por un apoderado de oficio, el funcionario competente, puede resolver el grado de consulta en el mismo acto administrativo que dicta el fallo con responsabilidad fiscal o sin responsabilidad fiscal, (...) se puede en la misma providencia, fallar al tiempo, simultáneamente la segunda instancia del proceso de responsabilidad fiscal y el recurso extraordinario grado de consulta. (...) tiene la misma competencia, el funcionario público de la contraloría, dictar en el mismo acto administrativo, con el mismo objeto y la misma finalidad la providencia que resuelve el fallo definitivo de responsabilidad fiscal y fallo de recurso grado de consulta.

Solicito me determine y me dé concepto jurídico, si en un proceso de responsabilidad fiscal, bajo la luz de la ley 610 de 2000, la no vinculación solidariamente de los responsables, como el contratista y las demás personas que intervinieron, participaron y concurrieron en el hecho que genero el daño patrimonial, es causal de nulidad del proceso de responsabilidad fiscal.(...)

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde reglamenta las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:



26 NOV 2019

“Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad”.

Es necesario manifestar que este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

Con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta las inquietudes formuladas por el consultante.

Con referencia a la primera inquietud, la Ley 610 de 2000 incorporó la siguiente norma particular relativa a la vinculación de las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal.

“Artículo 44. Vinculación del garante. *Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.*

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella”.

La Corte Constitucional se pronunció sobre los alcances de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, mediante sentencia C-648 de 2002, en la cual enfatizó que la misma se delimita por los riesgos que efectivamente se encuentran cubiertos en el contrato de seguro:

“...la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas”

La precisión que hace la Corte Constitucional también se predica de las demás normas y estipulaciones que rigen el contrato de seguro, tales como la existencia de sumas aseguradas, deducibles, garantías, deberes y cargas del tomador y asegurado, etc. como consecuencia de lo anterior, las aseguradoras no son responsables fiscales, el fallo que eventualmente pueda ser proferido en su contra es a título de garante, ya que la obligación de la aseguradora tiene su fuente en el contrato de seguro, teniendo límites, que impiden que se responda en los mismos términos que el responsable fiscal, por existir exclusiones, sumas aseguradas, deducibles, etc..



Los servidores públicos se encuentran sometidos a dos tipos de responsabilidades, las cuales son susceptibles de ser aseguradas:

- Responsabilidad personal por acción de repetición del Estado contra el funcionario y llamamiento en garantía, regulados en la Ley 678 de 2001.
- Responsabilidad fiscal, regulada por la Ley 610 de 2000.

Las Contralorías abren procesos de responsabilidad fiscal contra funcionarios públicos y contratistas en relación con la ejecución de contratos estatales por diversos motivos, casos en los cuales vinculan a las aseguradoras garantes, en relación con los distintos amparos de la póliza.

En la práctica es la entidad pública la que toma esta póliza para proteger su patrimonio por las pérdidas producidas por sus empleados. Las pólizas utilizadas en el mercado cubren tanto la comisión de actos delictuosos por parte de los empleados como los alcances y fallos de responsabilidad fiscal. Efectuándose sobre un seguro de manejo, el cual tiene por finalidad cubrir al asegurado, en este caso a la entidad que administra recursos públicos, por los actos incorrectos que cometan sus empleados que impliquen apropiación o uso indebido de los recursos de la entidad, con base en lo anterior, para que una pérdida sufrida por el asegurado genere una obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora se requiere un acto o infracción cometido por el funcionario, el cual debe presentarse durante la vigencia de la póliza.

El papel que está llamado a jugar el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Cuando se dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que se está haciendo es atender el principio de economía procesal para asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con base al principio del resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público.

Respecto a su segunda inquietud, es necesario establecer que el grado de consulta de acuerdo a la Ley 610 de 2000, norma especial para el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, en su artículo 18 estableció el grado de consulta para algunas actuaciones así:

“Artículo 18. Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.



Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso."

De acuerdo a los fundamentos constitucionales que consagra el artículo 31 de la Constitución Política, sobre la posibilidad de que toda sentencia judicial pueda ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, esta prerrogativa se considera como una expresión del principio de legalidad, debido a que persigue la salvaguarda de derechos con rango fundamental tales como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la defensa y contradicción, establecidos en el artículo 29 de la Carta Política.

En los procesos de responsabilidad fiscal, el investigado tiene a su disposición la plenitud de las garantías del debido proceso y de manera específica se contempla la garantía de la doble instancia en los que la misma está a cargo del superior inmediato de la primera instancia.

Teniendo en cuenta que la consulta no es recurso en el estricto sentido, por cuanto solo procede en los casos que lo autoriza la ley, pero cuenta con una estrecha relación con los principios del derecho de defensa, el debido proceso y la doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación. El jerárquico que asume conocimiento en grado de consulta oficiosamente puede hacer una revisión del fallo.

La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad constituyéndose en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública.

Siguiendo las consideraciones previamente expuestas, cabe destacar que para preservar el debido proceso y, en especial, el principio de la doble instancia, resulta exigible, como condición esencial, la imparcialidad del superior jerárquico. En efecto, es indispensable que el criterio del fallador que revisa la decisión adoptada en primera instancia, se encuentre libre de cualquier prejuicio, atadura o prevención que le impida juzgar o proceder autónomamente y, por lo tanto, evaluar si la determinación sujeta a control, real y efectivamente se fundamentó en consideraciones fácticas y jurídicas pertinentes, suficientes y adecuadas al caso en concreto.

A manera de conclusión, para hacer efectiva dicha garantía, es necesario que la persona que ejerza la función de juzgar, sea independiente de quien va a conocer del grado de

consulta, con el fin de salvaguardar la doble instancia, y el grado de consulta, dando cumplimiento a los términos y procedimientos establecidos en la Ley 610 de 2000.

Con referencia a la tercera inquietud, sobre la no vinculación solidaria de los responsables, teniendo en cuenta la definición legal de las anteriores figuras jurídicas y al tenor de lo preceptuado en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, donde establece:

"ARTÍCULO 119. SOLIDARIDAD. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial."

La responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades, y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Es aplicable perfectamente el principio de solidaridad para quienes incurran en cualquiera de las causales para que se dé el daño patrimonial al Estado, y reúnan los elementos contempladas en la Ley 610 de 2000, por lo tanto es conducente que fueran vinculados al proceso de responsabilidad fiscal, al momento de poder establecer irregularidades en la gestión contractual o ejecución de la obligación, en el evento de su vinculación se les debe garantizar indistintamente el derecho de defensa y contradicción por parte de los órganos de control fiscal.

Con referencia a las nulidades del proceso de responsabilidad fiscal, su origen se encuentra establecido en la Ley 610 de 2000, en su artículo 36 estableciendo:

"ARTICULO 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."

Es por esto, que las nulidades buscan subsanar yerros procesales que se despliegan en un proceso, evitando así la vulneración de derechos y garantías fundamentales consagradas en la Carta Magna.

Las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador les ha atribuido la consecuencia de sanción para invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal.



En el momento que se compruebe que las actuaciones surtidas en el proceso, generan un quebrantamiento sustancial que afectan el debido proceso, se estaría frente a una causal de nulidad que dejaría sin efectos aquellas actuaciones que afectaron este derecho fundamental, la nulidad que se proponga dentro del proceso, se debe efectuar dentro de los términos establecidos por la Ley 610 de 2000.

Me permito referenciar la siguiente jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, sobre los temas de su solicitud: C 338-2014; Sentencia C-836-2013; C-735-2003 y Sentencia No. 25000-23-24-000-2005-01533-01, del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, de 10 de Septiembre de 2015.

De acuerdo a la solicitud de que se emitan copias de las jurisprudencias para usted disipar las dudas, me permito informarle que la Auditoría General de la República, tiene la Resolución reglamentaria No. 10 de 2017, donde se establece el procedimiento y costos de reproducción de la información pública que reposa en la Auditoría General de la República, por lo anterior me permito informarle que la Auditoría expide copias de documentos que genere, administre o custodie, para el caso de la jurisprudencia y sentencias solicitadas, no podemos generar las copias.

En espera de haber dado mayor claridad sobre el tema consultado, en consecuencia y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, queda atendida de fondo su solicitud.

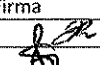
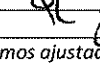

Es necesario informarle que los conceptos que emite esta Oficina Jurídica, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada y, por lo mismo, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos la remitida a la dirección de correspondencia Carrera 57C N°64 A - 29 de Bogotá, o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Ilba Edith Rodriguez Ramirez		25/11/2019
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodriguez		25/11/2019
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodriguez		25/11/2019

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.