



Radicado No: 20221100029301

Fecha: 31-08-2022

Bogotá D.C.,
110

Señora
SANDRA MILENA MURCIA
sandramilenamurcia@hotmail.com

Referencia: Concepto 110.059.2022
SIA-ATC. 012022000585
Temas: (i) De la figura del garante en procesos de responsabilidad fiscal; (ii) Vinculación del garante en proceso de responsabilidad fiscal verbal

Respetada señora Sandra:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, mediante el chat institucional, bajo radicado 20222330016182 y SIA-ATC. No. 012022000585, en el que hace la siguiente consulta:

«Necesito solicitar un concepto sobre proceso de responsabilidad fiscal que se adelante por el procedimiento verbal, para establecer claramente si el auto de apertura e imputación se debe comunicar o notificar personalmente a la compañía aseguradora.»

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, 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.

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 tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. De la figura del garante en procesos de responsabilidad fiscal

En los procesos de responsabilidad fiscal, desde la expedición de la Ley 610 de 2000, por la cual se estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, se contempló la vinculación del garante como tercero civilmente responsable en su artículo 44, de la siguiente manera:

«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.»

Así las cosas, en sentencia de constitucionalidad de dicha norma, C-648 de 2000, la Corte Constitucional analizó la participación de las aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal así:

«En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega 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.

Es decir, 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.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política.» Subrayado por fuera del texto.

En concordancia a lo citado, la Contraloría General de la República en concepto 2018EE0148685, concluyó:

«La vinculación procesal de la compañía de seguros depende de la existencia de la póliza de seguro, el riesgo amparado, la cobertura, la suma asegurada, las exclusiones, etc. Elementos estos que están regulados por el respectivo contrato de seguro que ampare la responsabilidad de los gestores fiscales, el contrato estatal y/o el bien objeto de aseguramiento; es decir, de la existencia o no de la respectiva póliza y de los elementos mencionados se evaluará la pertinencia de la vinculación del respectivo garante, lo cual constituirá la motivación del acto procesal de vinculación.»

En ese sentido, teniendo en cuenta lo esbozado, se tiene que en los procesos de responsabilidad fiscal de manera general, procederá la vinculación de garante, como tercero civilmente responsable, cuando: (i) el servidor público responsable de la gestión fiscal se encuentre amparado por una póliza; (ii) el contrato con ocasión del cual se adelantada el proceso de responsabilidad fiscal se encuentre amparado por una póliza; (iii) el bien afectado esté amparado por una póliza.

2. Vinculación del garante en proceso de responsabilidad fiscal verbal

Por medio de la Ley 1474 de 2011, el legislador reguló lo pertinente a los procesos de responsabilidad fiscal verbal, estatuyendo en el literal a) del artículo 98, lo siguiente:

«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;»

De lo anterior, es pertinente concluir que, en el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, se deberán indicar los motivos por los cuales se realiza la vinculación de la aseguradora, así mismo, se señala que deberá realizarse su citación a audiencia de descargos, una vez surtida la notificación de dicho auto.

Al respecto, debe precisarse que la notificación de la que hace mención el apartado del artículo citado, corresponde a la agotada en relación a los presuntos responsables fiscales, ello teniendo en cuenta que, el artículo 104 de la Ley 1474 de 2011, estipula que solo se notificará personalmente del auto de apertura, al presunto responsable fiscal o a su apoderado o defensor de oficio; ahora bien, en torno al acto procesal de vinculación del garante, el literal d) del citado, determina:

«d) La vinculación del garante, en calidad de tercero civilmente responsable, se realizará mediante el envío

de una comunicación. Cuando sea procedente la desvinculación del garante se llevará a cabo en la misma forma en que se vincula.»

Así las cosas, el funcionario competente, mediante acto de comunicación del auto de apertura e imputación, vinculará a la aseguradora como tercero civilmente responsable, dicho ello, la Ley 1437 de 2011, en lo relacionado a reglas generales del procedimiento administrativo, determinó:

«ARTÍCULO 37. Deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros. Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados. De tales actuaciones se dejará constancia escrita en el expediente.»

En ese sentido, la comunicación deberá surtirse bajo dichos parámetros, teniendo en cuenta que, la vinculación de la compañía de seguros se realiza en calidad de tercero civilmente responsable, y no de responsable fiscal, y que si bien hace parte del procedimiento y tiene las mismas prerrogativas que tendrían las partes, no se compromete en el proceso, su responsabilidad fiscal.

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.

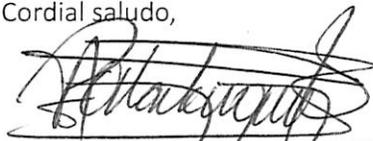
El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso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

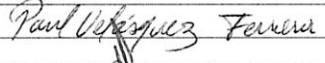
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y pavelasquez@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 f458f971, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira		30/08/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		30/08/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		30/08/2022

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.