

Bogotá D. C.,
110.

Doctora

MARÍA ISABEL ROZO GARCÍA

Profesional Universitario

Contraloría Municipal Floridablanca

Correo electrónico: responsabilidadfiscal@contraloria-floridablanca-santander.gov.co



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202401560
Fecha: 4 de junio de 2024 03:13:32 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: MARÍA ISABEL ROZO GARCÍ

Referencia: Concepto No. 110.048.2024
SIA-ATC No. 012024000375

1. *Generalidades del proceso de responsabilidad fiscal.*
2. *Responsabilidad fiscal del contratista en calidad de gestor fiscal.*
3. *De la vinculación del garante en el proceso de responsabilidad fiscal.*

Estimada Doctora María Isabel;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 18 de abril del 2024, radicado bajo el SIA-ATC No. 012024000375 (código interno 2101-202400978), en el que hace la siguiente consulta:

«(...)

Si bien sabemos, la responsabilidad fiscal se deduce por la afectación del patrimonio público, tanto por acción como por omisión, en forma dolosa o culposa, en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella cumplidas por servidores públicos y particulares que manejen o administren bienes y recursos del Estado. Con relación a la responsabilidad fiscal, un contratista de apoyo a la gestión a quien por error se le consigna por concepto de honorarios más de los debido y este no realiza el reintegro de los consignado erróneamente podría ser responsable?».

(...)

«Ahora en lo que tiene que con los terceros civilmente responsables que se identificaron y vincularon solo (sic) en la etapa probatoria de imputación fiscal el término para ejercer su defensa empezaría a contar a partir del día que le comunicó la vinculación? (...).».

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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una 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»¹, 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, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Teniendo en cuenta lo anterior y con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre los temas consultados, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto, resaltándose que el criterio respecto al tema planteado y no se puede entender como la determinación de una decisión administrativa.

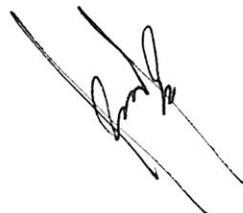
1. GENERALIDADES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

Previo a entrar a realizar el análisis jurídico respecto de contratista en calidad de gestor fiscal en el marco del proceso de responsabilidad fiscal y de la vinculación del garante en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, se estima pertinente traer a colación los presupuestos normativos que orientan el proceso de responsabilidad fiscal y sus generalidades de ley.

Desde la perspectiva Constitucional, tenemos que el artículo 267 «modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019» determinó que la gestión fiscal es una función pública, así:

«Artículo 267° La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, **la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.** La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley». (Negrillas fuera del texto)

A su turno, el numeral 5 del artículo 268 Superior «modificado por el artículo 2 del A. L. No 4 de 2019» otorgó al Despacho del Contralor General de la República la siguiente facultad Constitucional:

«**Artículo 268°** El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

5. **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, para lo cual tendrá prelación. (...)» (Negrilla fuera del texto).

De la norma constitucional citada en líneas anteriores, se logra inferir que el control fiscal es una función pública dentro del ámbito de sus competencias, que ejerce la Contraloría General de la República, las contralorías de las entidades territoriales (departamentales, municipales y distritales), al igual que la Auditoría General de la República, de esta forma desarrollan el control fiscal en Colombia, es decir, la función pública de vigilar la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes de la Nación.

Aclarado lo anterior, tenemos el régimen de responsabilidad fiscal, fue definido por el legislador en el artículo 1 de la Ley 610 del 2000² cuyo tenor lo define como: «*el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta³, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado*».

Respecto de alcance, finalidad y la naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal, recientemente se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-091/22, de la cual se destacan los siguientes apartes de su relatoría:

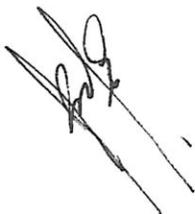
“(…)

RESPONSABILIDAD FISCAL-Definición/RESPONSABILIDAD FISCAL-Finalidad

«La responsabilidad fiscal ha sido definida como una imputación hecha por los órganos de control fiscal, que tiene por objeto examinar la viabilidad de imponer a quien funge como gestor fiscal la obligación de resarcir los daños que, con su proceder, ha ocasionado al patrimonio público. Según se sigue de lo anterior, «[e]sta responsabilidad tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado». La índole que le ha sido otorgada en el ordenamiento es de carácter resarcitorio, pues procura, únicamente, conseguir la «reparación de los daños que [el erario] haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de

² «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías»

³ Corte Constitucional: aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, 'bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal'.



dineros o bienes públicos». Carece, entonces, de un carácter sancionatorio, pues la suma dineraria que impone la decisión con responsabilidad fiscal no pretende disciplinar o al sujeto».

(...)

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza administrativa

«[E]l proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa». En otras palabras, antes que resarcitorio —que en efecto lo es—, el fallo fiscal es un acto administrativo susceptible de afectar los derechos de una persona y de ser controlado por el juez contencioso administrativo. Dicho acto es adoptado en un proceso de la misma naturaleza en el que «se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal» (...).»

A reglón seguido, el artículo 2 de la normatividad en cita, establece los principios bajo los cuales se orienta el proceso de responsabilidad fiscal:

«Art. 2º PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL: *En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo»*

Asimismo, esta norma especial, en su artículo 4 estableció el objetivo de la responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

«La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal».

«Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (...).».

Así las cosas, tenemos que el régimen de responsabilidad fiscal (Art. 5 Ley 610-2000), se estructura sobre tres (3) elementos a saber: (i) Una conducta dolosa o culposa, atribuible a una persona que realiza gestión fiscal (ii) Un daño patrimonial al Estado y (iii) Un nexo causal entre la conducta y el daño patrimonial. En todo caso, le corresponde al operador jurídico competente analizar cada caso en forma particular y concreta, de tal modo se verificará cada uno de los elementos integrales de responsabilidad fiscal a fin de determinar si se encuentran dados los presupuestos exigidos por la norma para su materialización.



2. RESPONSABILIDAD FISCAL DEL CONTRATISTA EN CALIDAD DE GESTOR FISCAL:

Esta oficina estima pertinente citar la definición de la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios, según lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», en siguiente contexto normativo:

(...) III. DEL CONTRATO ESTATAL.

«Artículo 32° De Los Contratos Estatales: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios:

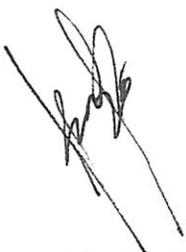
Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (...)» Subrayas propias del Despacho

De la disposición legal previamente citada en líneas anteriores, se logra establecer que este tipo de vinculación del contratista no genera ningún tipo de relación laboral entre las partes, ni prestaciones sociales. Por tal razón no contiene las mismas condiciones de una relación legal y reglamentaria o de un contrato netamente laboral, por lo que carece de una relación de subordinación, no debe cumplir horario, se limita únicamente a desempeñar el objeto contractual. En ese sentido es apropiado mencionar que el contrato de prestación de servicios, se podrá celebrar siempre y cuando se cumpla con los supuestos exigidos por el Estatuto de contratación vigente.

Por otro lado, la gestión fiscal comprende el buen manejo que se les da a los dineros públicos (erario), en términos de eficacia y eficiencia, por parte de quienes manejen, administren y dispongan bienes y recursos estatales, ya sean servidores del Estado o particulares que ejercen temporalmente funciones públicas, los cuales deben actuar con diligencia y austeridad en la gestión del gasto público, con sujeción a los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.), en consonancia con los principios de control fiscal que alude el artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020

Este Despacho respecto de la noción de gestión fiscal se pronunció a través del concepto No. 110-082-2023 de fecha 27 de septiembre de 2023, siendo preciso resaltar los siguientes apartes:



«La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» define la gestión fiscal así:

«Artículo 3º. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.»

De la norma anterior se obtiene que todo servidor público o particular que administre o maneje recursos en cualquiera de las actividades descritas y a través de la ejecución de cualquiera de las acciones igualmente allí anotadas, son gestores fiscales.
(...)

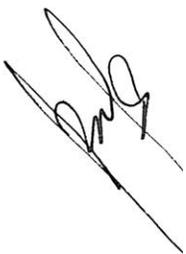
Ahora bien, de la interpretación gramatical de la norma se tiene que, la gestión fiscal es toda actividad del servidor público o el particular que implique el manejo, utilización, ordenación, disposición u organización de los recursos públicos puestos bajo su tutela.

La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 respecto de la constitucionalidad de algunos- apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la gestión fiscal, dijo:

«Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

<transcribe artículo 3 Ley 610 de 2000>

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. **Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.** Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.» (Resaltado documento original)



Esta Corte en la sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022 declara inexecutable el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», anotando respecto de la gestión fiscal y de los gestores fiscales, lo siguiente:

«(iv) El gestor fiscal

158. Como en precedencia fue anotado, según lo prevén los artículos 267 y 268 de la Constitución y sus desarrollos contenidos principalmente en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 y el Decreto Ley 267 de 2000, entre otras, son gestores fiscales tanto las entidades públicas y con ellas los servidores públicos que laboran en ellas, así como las personas jurídicas de derecho privado y los particulares que allí trabajan o, en general, todos aquellos que por habilitación legal, administrativa o contractual reciban, recauden, perciban, manejen, administren, dispongan o destinen bienes, fondos o recursos públicos y, son precisamente ellos, los mismos sujetos de control fiscal. Sobre esa base, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la gestión fiscal a cargo de tales gestores comprende todo un universo de acciones inmersas en las denominadas "actividades económicas, jurídicas y tecnológicas" y la capacidad de realizar una o más acciones derivadas del tráfico de los recursos o bienes públicos en cumplimiento de los fines a cargo del Estado.

159. Así, el gestor fiscal por excelencia es la entidad pública o la entidad privada que actúa por conducto del o los servidores públicos o de los que tienen la disponibilidad jurídica de los bienes o recursos de origen público de tales entidades como: el "ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo;"^[137] como también, "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."^[138]

(...)

163. En conclusión, son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por habilitación legal, administrativa o contractual manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan capacidad decisoria frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que constituye el elemento decisorio y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública.» (Negrilla propia)

(...)

3. Conclusiones

(...)



ii. Se considera gestor fiscal al servidor público o al particular con potestad o competencia legal, funcional o contractual de ordenar, disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, organizar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela.

iii. La responsabilidad fiscal se establece respecto del servidor público o particular que, en ejercicio de la gestión fiscal, en actuación contraria a los principios de la función administrativa y a la función fiscal, produce daño al patrimonio Estatal por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna.

iv. Corresponde órgano de control fiscal respectivo de conformidad a la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, determinar en cada caso si el hecho generador se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela. (...)»

Con fundamento legal y jurisprudencial en lo expuesto, esta oficina concluye que será considerado gestor fiscal todo servidor público o particular con potestad o competencia legal, funcional o contractual de ordenar, disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, organizar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela, siendo en todo caso responsabilidad del órgano de control fiscal respectivo el efectuar el análisis en cada caso concreto y determinar si hay lugar a la responsabilidad fiscal siempre y cuando concurra en el ejercicio de la gestión fiscal previamente decantada.

3. DE LA VINCULACIÓN DEL GARANTE EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

El relación con la segundo interrogante objeto de consulta jurídica, se debe señalar que la vinculación de la compañía de seguros en el trámite proceso de responsabilidad fiscal, la misma se realizará como garante en calidad de tercero civilmente responsable, lo anterior, con la finalidad de asegurar los fondos y bienes públicos, de tal manera garantizar y/o proteger los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, perjuicios y daños patrimoniales que eventualmente puedan ocasionar los contratistas y funcionarios del Estado.

Sobre el tema objeto de consulta, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la sentencia C-648/02, así:

«(...)

Fundamento y objetivos de la garantía contractual

Con tal finalidad, al Estado le corresponde cumplir las funciones a su cargo, asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, construir las obras que demande el progreso nacional y regional, y promover el mejoramiento social y cultural de sus habitantes. Dentro de ese marco general de actuación, la administración pública, con el fin de cumplir los objetivos y funciones que le han sido asignados, acude permanentemente a la colaboración de los particulares, con los cuales acuerda establecer un vínculo bilateral a través de la fórmula del contrato. Este vínculo consensual se fija "dentro de un régimen que privilegia la autonomía de la voluntad,



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. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estas: 1ª) Las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política; 2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública (...).

Sobre el tema particular, se pronunció la Contraloría General de la República -CGR-, en concepto CGR-OJ-178-2019, del cual resulta ilustrativo citar el siguiente argumento:

«(...)

En consecuencia, procede afirmar que el funcionario del ente de control ha de realizar la vinculación de la compañía aseguradora, 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 o iii) el bien afectado esté amparados por una póliza.

El alcance de la norma analizada denota que la vinculación de la aseguradora como tercero civilmente responsable está determinada por la existencia de cualquiera de dichos amparos.

Quiere decir lo anterior que, si el objeto del proceso de responsabilidad fiscal está asociado a la ejecución de un contrato estatal determinado y en este se ha vinculado a un servidor público, puede vincularse como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros que expidió la póliza global de manejo que ampara a dicho servidor público e, inclusive, a la compañía de seguros que expidió la póliza que ampara el cumplimiento del contrato estatal respectivo. (...).

En ese sentido, la vinculación no es propiamente dicha con ocasión a la responsabilidad fiscal, sino de la responsabilidad civil como garante y de conformidad con los derechos y



el equilibrio obligacional, la transparencia y la exigencia mutua de efectivas responsabilidades de diferente orden para las partes contratantes”.

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

(...)

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

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.



obligaciones pactadas en el contrato de seguro, en el cual se ampararon los riesgos y se protege el patrimonio del Estado.

Ahora bien, una vez iniciado el proceso de responsabilidad fiscal, tramitado bajo procedimiento ordinario, este se da cuando es notificado en debida forma el Auto de apertura a los presuntos responsables fiscales y coetáneamente en la misma actuación administrativa se procederá con la vinculación del garante la cual se efectuara mediante la comunicación del Auto de Apertura del proceso al representante legal de la compañía de seguros o al apoderado designado de confianza, lo anterior de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

En lo que atañe a la imputación de responsabilidad fiscal en el procedimiento ordinario, la misma se debe realizar a través de Auto motivado expedido por operador jurídico competente que avoco conocimiento, donde se debe demostrar objetivamente un daño fiscal representando como una detrimento de forma clara, cierta, real y cuantificable. Dicho Auto debe contener los presupuestos aludidos en el artículo 48 de la Ley 610 del 2000, en el siguiente orden:

«(...)

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado (...). (Negrilla y Subrayas fuera del texto).

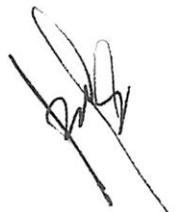
Por otro lado, en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, en el inciso segundo del literal a) del artículo 98 de la Ley 1474 de 2011⁴ establece que la vinculación del garante será en el mismo Auto de apertura e imputación, donde se señaló:

«(...)

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**; (...). (Negrilla y Subrayas fuera del texto).

Por las razones expuestas y con fundamento legal en lo preceptuado en este concepto, este Despacho concluye que la vinculación del garante se surtirá en varias etapas del proceso de responsabilidad fiscal tramitados bajo el procedimiento ordinario, con la simple envío del oficio de comunicación del Auto de Apertura, así como en la etapa de la imputación de responsabilidad fiscal, de igual forma, se efectuará dicha vinculación del garante en el trámite administrativo de Apertura e Imputación en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal y con antelación al fallo del mismo, por consiguiente, el

⁴ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.



representante legal de la compañía de seguros y/o su designado para tal fin, podrá desde día que fue comunicado de la existencia del proceso de responsabilidad fiscal, ejercer su defensa técnica en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

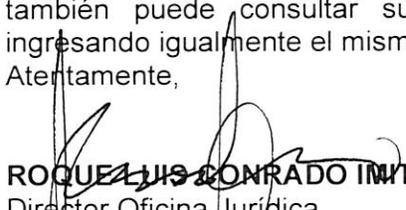
En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«... el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o al correo electrónico juridica@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: **0ad794c4**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,


ROQUE LUIS CONTRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.
PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205
 [auditoriageneral](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriageneralcol](#)
participacion@auditoria.gov.co
www.auditoria.gov.co

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Aprobado por	Roque Luis Conrado Imitola

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.