

CGR-OJ- 180 - 2019  
80112 -  
Bogotá, D.C.

2019EE0152259



Señor  
Ricardo Ardila Rodríguez  
Manzana 0 Casa 8, Barrio Villa Alexander  
Girardot (Cundinamarca)  
Correo electrónico [kornclaros@gmail.com](mailto:kornclaros@gmail.com)

Referencia: 2019ER00114372

Tema: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL/VINCULACIÓN DE  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS/ GARANTÍAS QUE LOS AMPARAN.  
PROCEDIMIENTO PARA APLICAR EL GRADO DE CONSULTA /

Respetado señor Ardila:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia<sup>1</sup>, la cual procedemos a responder:

### 1. Antecedente

Mediante documento radicado con el No. de la referencia, se formulan las siguientes consultas:

“1. Solicito me determine y me dé concepto Jurídico, si en los procesos de responsabilidad fiscal, que se adelantan, bajo la luz, de la ley 610 de 2.000, 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, como lo establece el artículo 44 de la ley 610 de 2.000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

2.Solicito me determine y 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, sin tener en cuenta lo ordenado por la ley que ordena que: "Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción."

de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador".

Pregunto: a. En proceso de 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. b. Primero se falla la segunda instancia del proceso de responsabilidad fiscal y luego si es pertinente se tramita el grado de consulta. c. Tiene la misma competencia, el funcionario público de la contraloría para dictar en el mismo acto administrativo, con el mismo objeto y la misma finalidad la providencia que resuelve el tal definitivo de responsabilidad fiscal y fallo de recurso grado de consulta.

3. Solicito me determine y me dé concepto Jurídico, si en un proceso de responsabilidad fiscal, bajo la luz de la ley 610 de 2.000, 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, como lo establece el artículo 36 de la ley 610 de 2.000, que afectan el debido proceso y el derecho a la defensa del interés público.

4. Le solicito, copias de cada una de las jurisprudencias y sentencias que soportan el concepto jurídico de lo solicitado."

## **2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica**

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>2</sup> ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*<sup>3</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*<sup>4</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*<sup>6</sup> y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*<sup>7</sup>.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000<sup>8</sup>, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

### 3. Consideraciones jurídicas

3.1. Frente al primer interrogante planteado como a continuación se señala, esta Oficina se pronunció mediante Concepto Jurídico CGR. OJ 178 con radicado No. 2019EE0150381 de 29 de -11-2019, el cual se adjunta para los fines pertinentes.

"1. Solicito me determine y me dé concepto Jurídico, si en los procesos de responsabilidad fiscal, que se adelantan, bajo la luz, de la ley 610 de 2.000, 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, como lo establece el artículo 44 de la ley 610 de 2.000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

En el cual se señaló:

- "1. En los procesos de responsabilidad fiscal se debe vincular al garante, como tercero civilmente responsable. Lo que determina la pertinencia de la vinculación es el objeto el contrato de seguro; por lo cual, tanto contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un determinado contrato estatal, como los contratos de seguros que amparan la responsabilidad de los servidores públicos, tienen entre otras finalidades la protección del patrimonio público, por lo cual la

<sup>6</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>7</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>8</sup> Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

afectación de estas garantías dentro de un proceso de responsabilidad fiscal resulta totalmente procedente y su valoración dependerá de los hechos generadores de la conducta que dio lugar al detrimento.

2. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, se ordena a la aseguradora su pago de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de la misma.

En el fallo que declara la responsabilidad fiscal se determina que la compañía aseguradora debe responder en su calidad de tercero civilmente responsable hasta por el monto asegurado y con la salvedad de que el mismo no se haya agotado.

3. En firme la providencia que declare la responsabilidad fiscal, ésta será demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa. "

**3.2.** Respecto del segundo interrogante planteado como a continuación se señala, esta Oficina se pronunció mediante Concepto Jurídico No. 053 de 2019, con radicado No. 2019EE0047325 de fecha 25-04 de 2019, el cual se adjunta para los fines pertinentes.

"2.Solicito me determine y 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, sin tener en cuenta lo ordenado por la ley que ordena que: "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".

Pregunto: a. En proceso de 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. b. Primero se falla la segunda instancia del proceso de responsabilidad fiscal y luego si es pertinente se tramita el grado de consulta. c. Tiene la misma competencia, el funcionario público de la contraloría para dictar en el mismo acto administrativo, con el mismo objeto y la misma finalidad la providencia que resuelve el tal definitivo de responsabilidad fiscal y fallo de recurso grado de consulta."

En este pronunciamiento, este Despacho, indicó:

"(...)en el evento de presentarse la situación en que el funcionario de segunda instancia deba conocer de los recursos de apelación interpuestos en contra del fallo con responsabilidad fiscal -sea que se trate del proceso ordinario o del proceso verbal- y a su vez tenga que surtir el grado de consulta, porque la decisión de primera instancia sea un fallo mixto, es decir, con responsabilidad fiscal para unos y sin responsabilidad fiscal para otros presuntos responsables, o

porque alguno de los fallados con responsabilidad fiscal haya estado representado por defensor de oficio; en virtud del principio de economía procesal se desatan unos y otro mediante una misma providencia.

El orden en el cual se deben resolver se fija en el mismo concepto, esto es, que se resuelve en primer lugar el grado de consulta y si se confirma la decisión, en el mismo auto se resuelve el recurso de apelación. En caso de revocarse la providencia como resultado del examen hecho al trámite en sede de consulta, el recurso de apelación por sustracción de materia no se estudia.

En cuanto al término con el cual se cuenta para desatar el grado de consulta y los recursos de apelación, no podría pretenderse que prima el ordenado por el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que en dicho caso se violaría el previsto por el artículo 18 de la ley 610 de 2000 para surtir el grado de consulta y con ello se trasgrediría el ordenamiento jurídico, las reglas procesales y por ende el debido proceso.

De esta forma, la única interpretación posible -que si bien es cierto acorta el tiempo del cual dispone el fallador de segunda instancia para decidir los recursos de apelación- es aquella que redunde en la protección de los derechos procesales del implicado, esto es, que se debe respetar el término más corto, es decir el previsto por el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, para surtir el grado de consulta.

En cuanto al momento a partir del cual inicia el conteo del término del mes para adelantar los trámites de segunda instancia, debe ser el consagrado por el propio artículo 18 de la Ley 610 de 2000, pues no sería posible hacer un esguince a la norma, sino que puede afirmarse que dicho precepto es el que prima -con todo su contenido- en el evento de confrontarse contra las normas que rigen el recurso de apelación en materia de responsabilidad fiscal.

Conforme a lo expuesto, el cómputo del término inicia a partir del recibo del expediente en el despacho del superior funcional, para resolver los recursos y el grado de consulta que se le ponen en conocimiento.

## **5. Conclusiones**

Frente a los casos en los cuales se deban desatar por el funcionario de segunda instancia, recursos de apelación y grado de consulta, la decisión se profiere en una misma providencia, surtiendo primero la consulta y luego la apelación, salvo el caso en que se revoque la decisión en virtud del primero, pues por sustracción de materia no se resuelven los recursos.”

### **3.3. Responsabilidad fiscal. Pago de la obligación.**

“Solicito me determine y me dé concepto Jurídico, si en un proceso de responsabilidad fiscal, bajo la luz de la ley 610 de 2.000, 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, como lo

establece el artículo 36 de la ley 610 de 2.000, que afectan el debido proceso y el derecho a la defensa del interés público. “

En relación con la responsabilidad fiscal que se pueda generar con ocasión de la celebración, ejecución y posterior liquidación de un contrato estatal, establece el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011.

**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.

Como lo señala la disposición legal, cuando con ocasión de un contrato estatal, se demuestre probatoriamente que han existido irregularidades, como sobrecostos u otras actuaciones que generen un daño al patrimonio público, los implicados responderán solidariamente con el ordenador del gasto y quienes estuvieren comprometidos con la generación del daño.

Ahora bien, en cuanto a la forma como debe cumplirse la obligación de pagar, no puede perderse vista que el título de imputación de la responsabilidad fiscal es el dolo o la culpa grave, y adicionalmente debe analizarse el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el hecho generador del daño.

El Consejo de Estado, en Sentencia de 26 de agosto de 2004, Expediente No. 1997-2093 01, M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza, señaló:

“En este orden de ideas la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos; es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa<sup>9</sup>; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad; y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según voces del artículo 29 Superior...

En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculada con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la ley 610, señaló: “El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una

<sup>9</sup> La culpa debe ser grave. Ver sentencia C-619 de 2003.

relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610: "(...) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables". Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, "la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal..."

Como lo señala la jurisprudencia en armonía con el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se genera en los actos de gestión fiscal y la conducta debe ser calificada a título de dolo o culpa grave.

En este orden, el establecimiento del nexo de causalidad es preponderante, toda vez que ello determinará el valor a resarcir por parte del responsable fiscal, no obstante la solidaridad de la responsabilidad fiscal. En estas condiciones, el valor de la obligación establecida en el fallo con responsabilidad fiscal se dividirá de acuerdo con la determinación del nexo de causalidad.

Señaló el Consejo de Estado, sobre el valor a cobrar con ocasión del fallo con responsabilidad fiscal, cuando son varios los implicados:

"En este punto no sobra recalcar que la imputación propuesta por la administración, en el sentido de atribuir al ex funcionario la proyección indefinida de los efectos de su conducta ineficiente, hasta tanto aquella decida extinguir la obligación, no responde a la naturaleza subjetiva propia de la responsabilidad fiscal, máxime si se considera que el manejo dado a los recursos públicos con posterioridad al retiro del cargo, queda excluido del control del ex empleado, y por tanto no es dable que se configure uno de los elementos estructurales de dicha responsabilidad, cual es la conducta dolosa o culposa<sup>10</sup> de quien directamente realiza la gestión fiscal."<sup>11</sup>

En la misma providencia, señaló ese Tribunal que " De este modo, el ex tesorero ha de responder por el deterioro patrimonial directamente imputable a su gestión en el cargo en los términos señalados, pues lo contrario redundaría en la desnaturalización del carácter subjetivo de la responsabilidad fiscal, y por ende, en el desconocimiento de uno de sus elementos fundamentales cual es la calificación de la conducta generadora de daño patrimonial al erario en el momento específico de su realización."

<sup>10</sup> La culpa debe ser grave.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Radicación número: 85001-23-31-000-2006-00390-01 de 3 de abril de 2014.

Corolario de lo anterior, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, en los procesos de responsabilidad fiscal, responden solidariamente, el ordenador del gasto, el contratista, y lo demás que hayan generado un daño al patrimonio del erario, sin perjuicio que en el pago de la obligación, la misma se divida de acuerdo con el anexo de causalidad que se le haya determinado a cada responsable con el hecho generador del daño.

### **3.4 Causales de nulidad en los procesos de responsabilidad fiscal**

El artículo 36 de la Ley 610 de 2000, consagra de forma taxativa las causales que deben considerarse, en el curso de un proceso de responsabilidad fiscal, para aplicar la figura de la nulidad procesal. Así, dicha norma dispone que:

"Artículo. 36: "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."

La figura de la nulidad es un mecanismo extremo al cual debe recurrir el funcionario competente, para subsanar irregularidades o vicios presentados en el proceso, cuya magnitud y trascendencia sean tales que afecten el proceso en su estructura o contrasten con las garantías fundamentales previstas en el artículo 29 de la Carta Política.

Por ello, no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la que estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa y quien alega la nulidad debe tener legitimación en la causa para interponerla y demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 38 de la Ley 610 de 2000, establece los requisitos que debe cumplir la solicitud de nulidad.

Así, el objetivo que persigue la nulidad es el de garantizar el debido proceso y enderezar la actuación procesal conforme a derecho, subsanando las irregularidades y vicios de trámite, pero atendiendo dicha finalidad la ocurrencia de causales de nulidad puede sanearse de distinta forma con la participación activa o pasiva de quién resultó afectado, bien sea por el consentimiento expreso, ora mediante la convalidación por proseguir el trámite sin alegar la nulidad o por su no interposición oportuna; en todo caso, siempre a condición de que se observen las garantías constitucionales.

Además, no puede perderse de vista que sólo puede declararse la nulidad cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad.

Ahora bien, sobre el tema específico de la consulta, es necesario destacar que la forma en que debe procederse al pago de la obligación contenida en el fallo con responsabilidad fiscal, no comporta en sí mismo una violación al debido proceso, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 610 de 2000, el fin de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

En este orden, si ya está demostrado probatoriamente el detrimento o el menoscabo de los recursos estatales, que la ley define como daño al patrimonio, el cual debe ser causado por un servidor público o particular; y está probada la conducta dolosa o gravemente culposa y la relación de causalidad entre ésta y el daño generado, en el fallo con responsabilidad fiscal se determinará la forma en que debe pagarse la indemnización pecuniaria a cargo de los responsables fiscales. De no procederse así, ello per se no genera una nulidad, toda vez que esto no constituye una irregularidad procesal.

Debe recordarse que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa grave y su declaratoria acarrea el resarcimiento del daño causado solamente por la gestión irregular, es decir de acuerdo al nexo causal en la generación del daño. Dicho en otras palabras, por la intervención del servidor público o particular que ocasionó el daño

**3.5** En relación con la solicitud de copias de cada una de las jurisprudencias y sentencias que soportan el concepto jurídico, su petición fue remitida a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva para que atienda su petición de conformidad con sus competencias.

Cordialmente,

  
**JULIAN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ**  
 Director Oficina Jurídica

|          |                                                      |
|----------|------------------------------------------------------|
| Anexo.   | Lo anunciado.                                        |
| Proyectó | Catalina Flórez Salazar-Contratista Oficina Jurídica |
| Revisó.  | Lucenith Muñoz Arenas                                |
| N.R.     | 2019er0114372                                        |
| TRD.     | Derechos de petición.                                |



CGR-OJ **178** - 2019  
80112 –  
Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 28-11-2019 15:11  
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0150381 Fol:4 Anex:0 FA:0  
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / MARIA CATALINA FLOREZ SALAZAR  
DESTINO SIMON CASTRO BENITEZ  
ASUNTO CONCEPTO, FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, GRADO DE CONSULTA  
OBS

2019EE0150381



Señor  
SIMÓN CASTRO BENÍTEZ  
Carrera 16 # 28B-68  
Correo electrónico: scastro611@gmail.com

Referencia: RESPUESTA RADICADO NO. 2019ER0112585.  
TEMA: FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL / GRADO DE  
CONSULTA/GARANTÍAS.

Respetado señor Castro:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia<sup>1</sup>, la cual procedemos a responder:

### 1. Antecedentes

Mediante documento radicado con el No. de la referencia esta oficina recibió comunicación, por medio de la cual se formulan las siguientes consultas:

“1. En un Fallo de Responsabilidad Fiscal ratificado por el Recurso de Consulta cual Póliza de Garantía responde. PREGUNTO: Responde la Póliza Única del Contrato Estatal o la Póliza personal del servidor público afectado?

2. Se puede hacer efectiva la Garantía al momento de estar en firme el Recurso de Consulta o se debe esperar el Fallo Judicial en caso de Demanda Administrativa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho?”

### 2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la CGR, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>2</sup> ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

<sup>2</sup> Art. 25 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*<sup>3</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*<sup>4</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*<sup>5</sup>.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*<sup>6</sup> y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*<sup>7</sup>.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la CGR, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000<sup>8</sup>, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

### **3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica**

Esta Oficina se ha pronunciado en oportunidades pasadas sobre los procesos de responsabilidad fiscal, las condiciones que deben cumplirse para surtirlos y la existencia de garantías que, eventualmente pueden amparar la ejecución de los contratos relacionados con el objeto de la investigación o a los funcionarios públicos investigados.

Así, en el concepto OJ-0061 de 2017, radicado con el N° 2017R0040331 del 29 de marzo de 2017, se precisó que los responsables fiscales pueden ser funcionarios públicos que tengan a su cargo la gestión fiscal o los particulares que manejen

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 4° del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 5° del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>6</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>7</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>8</sup> Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

fondos del Estado y que hayan causado, con dolo o culpa grave, detrimento al patrimonio público.

En este concepto también se expuso que la vinculación del garante, como tercero civilmente responsable está determinada por el objeto del contrato de seguro esto es el riesgo amparado y debe llevarse a cabo cuando el posible responsable esté amparado por una póliza. Además, en esa oportunidad se precisó que la no vinculación de la aseguradora no constituye una violación al debido proceso debido a que la finalidad de las garantías la constituye la protección del interés general.

Así mismo, mediante concepto CGR-OJ-054 de 2018, radicado con el N° 2018EE0050303 del 26 de abril de 2018, esta oficina diferenció la responsabilidad fiscal, de la de aseguradora en su condición de garante o tercero civilmente responsable.

De otro lado, esta Oficina en el concepto OJ-007 de 2017, radicado con el N°2017EE0005072 del 13 de enero de 2017, se pronunció en relación con la figura procesal denominada “grado de consulta”, su naturaleza jurídica y el procedimiento que debe observarse para su aplicación.

#### **4. Consideraciones jurídicas**

##### **4.1 Problemas Jurídicos**

¿En un fallo definitivo de responsabilidad fiscal que póliza responde la única que ampara el contrato estatal o la póliza personal del servidor público afectado?

¿En qué momento dentro de un proceso de responsabilidad fiscal se puede hacer efectiva la garantía?

Para resolver la consulta formulada se analizarán, por separado, cada uno de los problemas jurídicos y con base en dichos análisis se formularán las conclusiones con las cuales se responderán los cuestionamientos formulados en este caso.

##### **4.1.1. La vinculación del garante a los procesos de responsabilidad fiscal**

El fundamento de responsabilidad fiscal es de orden constitucional, como puede apreciarse en el contenido del artículo 268 de la Constitución Política. El trámite de los procesos encaminados a establecerla es competencia de las contralorías, y se regula en la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, modificada por la Ley 1474 de 2011.

La citada norma dispone lo siguiente en su artículo 4: *“La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como*

*consecuencia de la conducta dolosa o culposa<sup>9</sup> de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal."*

De conformidad con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, la gestión fiscal, encaminada a determinar la existencia de responsabilidad fiscal, puede asignarse a los particulares y servidores públicos, en el evento que manejen o administren recursos o fondos públicos. Este manejo puede implicar adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, disposición, recaudo e inversión de fondos, bienes o valores públicos, y que cualquier actuación que se realice en este sentido, debe estar encaminada al cumplimiento de los cometidos estatales, y enmarcada dentro de los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-840 de 2001 indicó que "(...) la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. (...)".

Ahora bien, en el entendido que tanto los particulares como los servidores públicos pueden llegar a ser responsables de causar un daño que afecten los recursos públicos, debe precisarse que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, prevé que es necesaria la vinculación del garante, al proceso de responsabilidad fiscal, como tercero civilmente responsable en los siguientes términos:

**"Artículo 44. VINCULACION 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 mediante sentencias C-648 de 2002 y C-735 de 2003 declaró la exequibilidad de la norma citada y expuso las siguientes consideraciones:

"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

---

<sup>9</sup> La culpa debe ser grave. Ver sentencia C- 619 de 2002

En ese sentido debe resaltarse que lo que determina la viabilidad para la vinculación del garante es el objeto del contrato de seguro, puesto que, mientras la cobertura del mismo resulte pertinente para amparar el detrimento patrimonial que es objeto de investigación, no existen restricciones adicionales previstas en la ley 610 de 2000, para que resulte procedente dicha vinculación.

Así las cosas, cobran vital importancia la existencia de garantías que amparen la ejecución del contrato estatal, pues sirve de instrumento para salvaguardar intereses de carácter general que se pretenden satisfacer con la celebración y ejecución de un contrato determinado; así como mecanismo para proteger el patrimonio público de los menoscabos que se puedan causar con ocasión de los eventuales incumplimientos en que incurra el contratista.

En este orden de ideas, tanto los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un determinado contrato estatal como los contratos de seguro celebrados para amparar la eventual responsabilidad de los servidores públicos tienen, entre otras finalidades, la protección del patrimonio público, por lo cual la afectación de estas garantías dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, resulta totalmente viable y su valoración dependerá de los hechos generadores del daño fiscal.

Como corolario de lo anterior, se tiene que para la vinculación de una aseguradora como tercero civilmente responsable, se requiere de la existencia de una póliza expedida por esta misma, cuya cobertura tenga por objeto amparar al presunto responsable en su calidad de servidor público o privado que administren recursos públicos; el bien sobre el cual recaiga el objeto del proceso de responsabilidad fiscal; el contrato sobre el cual se adelanta el PRF.

La vinculación del garante obedece a la afectación de patrimonio público y claramente está determinada por el riesgo amparado y se relaciona con los sujetos beneficiarios del seguro. En consecuencia, debe analizarse en cada caso en particular y de acuerdo con la póliza de seguros de que se trate la forma de vinculación de la compañía aseguradora.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación al garante se realiza en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el cual se comunica al representante legal o al apoderado designado por éste.

En el fallo que declara la responsabilidad fiscal se determina que la compañía aseguradora debe responder en su calidad de tercero civilmente responsable hasta por el monto asegurado y con la salvedad de que el mismo no se haya agotado.

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**

(...)

"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." (Resaltado fuera de texto)

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<sup>10</sup>; 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.

---

<sup>10</sup> Debe aclararse que puede ser una póliza de seguros o cualquier garantía de las establecidas en la ley 1150 de 2007, caso en el cual se procede a vincular al proceso de responsabilidad fiscal al tercero civilmente responsable de acuerdo con la garantía de que se trate.

Las conclusiones que exponen a continuación tienen en cuenta las consideraciones expresadas con antelación y la competencia de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, la cual excluye la solución de casos concretos:

1. En los procesos de responsabilidad fiscal se debe vincular al garante, como tercero civilmente responsable. Lo que determina la pertinencia de la vinculación es el objeto el contrato de seguro, por lo cual, tanto contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones originadas en la celebración de un determinado contrato estatal, como los contratos de seguros que amparan la responsabilidad de los servidores públicos, tienen entre otras finalidades la protección del patrimonio público, por lo cual la afectación de estas garantías dentro de un proceso de responsabilidad fiscal resulta totalmente procedente y su valoración dependerá de los hechos generadores de la conducta que dio lugar al detrimento.
2. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, se ordena a la aseguradora su pago de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de la misma.

En el fallo que declara la responsabilidad fiscal se determina que la compañía aseguradora debe responder en su calidad de tercero civilmente responsable hasta por el monto asegurado y con la salvedad de que el mismo no se haya agotado.

3. En firme la providencia que declare la responsabilidad fiscal, ésta será demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Cordialmente,



JULIAN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ  
Director Oficina Jurídica.

Proyectó: Catalina Flórez Salazar-Contratista Oficina Jurídica

Revisó: Lucenith Muñoz A.

N.R. 2019ER0112585

TRD. Conceptos Jurídicos