

Bogotá D.C.,  
110

Señor  
**MARCELO JIMÉNEZ RUIZ**



Auditoría General de la República  
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400018  
Fecha: 4 de enero de 2024 10:02:50 AM  
Origen: Oficina Jurídica  
Destino: MARCELO JIMÉNEZ RUIZ

Referencia: Concepto 110.002.2024  
SIA-ATC. 012023000936

- Temas: 1. De la calidad para ser sujeto pasivo en procesos de responsabilidad fiscal.  
2. Del régimen de control fiscal sobre las empresas prestadoras de servicios públicos.  
3. De la constitución de pólizas dentro de los procesos de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos.  
4. De la caducidad y la prescripción en el proceso de responsabilidad fiscal.

Respetado señor Jiménez,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento mediante correo electrónico, el lunes, 28 de noviembre de 2023, el cual fue radicado bajo No. 2101-202302980 y SIA-ATC. No 012023000936, en el que se realizan las siguientes consultas:

- «1. ¿Se considera, califica o categoriza como gestor fiscal al Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia?
- a. En caso afirmativo, indicar bajo qué calificación, condiciones, circunstancias y/o respecto de qué hechos se considera gestor fiscal al Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia.
- b. En caso afirmativo, indicar expresamente las razones, de hecho y de derecho, así como, especialmente, pero sin quedar limitado a ello, los fundamentos normativos específicos de la respuesta – concepto.
2. En general, ¿se puede considerar sujeto de responsabilidad fiscal en Colombia al Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia?
- a. En caso afirmativo, favor indicar expresamente las razones, de hecho y de derecho, así como los fundamentos normativos específicos de la respuesta – concepto.
- b. En caso afirmativo, favor precisar cómo se podría configurar los eventuales daños que se ocasionen al patrimonio público, como consecuencia de la eventual conducta dolosa o culposa, del Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia.
- c. En caso afirmativo, favor precisar si el Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia debe, por mandato legal, constituir algún tipo de garantía o póliza para responder por la eventual responsabilidad fiscal y, de ser así, precisar qué tipo de póliza o garantía y cuál es la cobertura o riesgo asegurado o, si en alguna o algunas de las pólizas/garantías mencionadas

en el contexto de esta consulta, debe quedar cubierto este riesgo.

Favor indicar, las razones, de hecho y de derecho, así como los fundamentos normativos específicos de la respuesta – concepto.

3. En caso de que exista o pueda existir responsabilidad fiscal por parte del al Contratista EPC y/o la sucursal de sociedad extranjera constituida en Colombia, a partir de qué momento o momentos se empezaría a contar la caducidad y prescripción de la acción de responsabilidad fiscal.»

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»<sup>1</sup> 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 Estatutaria 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

<sup>1</sup> Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



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

### 1. De la calidad para ser sujeto pasivo en procesos de responsabilidad fiscal.

La Ley 610 de 2000, delimita objeto del proceso de responsabilidad fiscal, de la siguiente manera:

«Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. 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.»

En ese sentido, la citada norma determina como sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad fiscal a quienes realizan gestión fiscal, acción que es definida por la misma ley como:

«Artículo 3°. 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.» (Subrayado por fuera del texto)

Ahora bien, en Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Jaime Araujo Rentería, la Corte Constitucional se pronunció respecto del concepto de gestión fiscal citado, indicando:

«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.

(...)

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado



por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.» (Subrayado por fuera del texto)

Asimismo, en posterior ocasión estimó las características y el alcance del control fiscal, mediante Sentencia C-557 del 20 de agosto de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, resaltando:

«Ahora bien, respecto de las características específicas del control fiscal, de conformidad con lo establecido por el artículo 267 Superior, la Sala encuentra que el control fiscal (i) constituye una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República, (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, (vi)  cubre todos los sectores y etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.

(...)

5.4.6 En sexto lugar, el control fiscal se caracteriza por su amplitud, respecto de lo cual esta Corporación ha manifestado que la vigilancia de la gestión estatal incorpora un amplio espectro de entidades, nivel territorial y operaciones susceptibles de ese control y que por tanto su ejercicio es posible “en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos.

(...)

En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que como el fisco o el erario público está integrado por los bienes o fondos públicos cualquiera sea su origen y su administración,

(...)

En ese sentido, del Texto Superior se desprende que la extensión del control fiscal “hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”.» (Subrayado por fuera del texto)

Por su parte, el Consejo de Estado por medio de la Sentencia del 11 de febrero de 2021 Rad.: 50001-23-31-000-2012-00248-02, Consejera Ponente Nubia Margoth Peña Garzón, concluyó:



«Por consiguiente, conforme se puso de presente anteriormente, la calidad de sujeto de control fiscal o gestor fiscal se deriva del manejo de fondos, bienes o recursos públicos que las entidades tengan a su cargo, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

En tal sentido, dicha calidad no emana únicamente de la condición de ser servidor público o persona jurídica de derecho privado, razón por la cual las personas jurídicas de derecho público o entidades estatales también son sujetos de control fiscal o gestores fiscales.

Es decir, los sujetos pasivos en el proceso de responsabilidad fiscal son las entidades o personas, públicas o privadas, que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.»

En ese sentido, de las normas y los apartes jurisprudenciales en cita, se desprende que la calidad para ser sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad fiscal solo se encuentra supeditada al ejercicio de la gestión fiscal, es decir, recae sobre aquellos que manejen o administren recursos o fondos públicos, entendiéndose lo anterior en virtud de la ley, sobre una correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos.

En ese sentido, debido a que la Ley 610 de 2000 establece que la gestión fiscal podrá ser ejercida por sujetos de derecho privado, un contratista ostentará dicha calidad, siempre que hayan sido puestos a su cargo fondos o bienes pertenecientes al erario, y que ejerza capacidad decisoria sobre estos.

Sumado a lo que antecede, la Ley 1474 de 2011 «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» en su artículo 119 al respecto de la responsabilidad fiscal solidaria de los contratistas, estimó:

«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.»

Así las cosas, por disposición legal, se dispuso que en los eventos de sobrecostos en contratación u otros hechos irregulares el contratista podrá responder en materia fiscal solidariamente, ello siempre que dentro de proceso se establezca que sobre él se cumplen los presupuestos y elementos propios de la responsabilidad fiscal, es decir, que en virtud de su gestión fiscal haya realizado una



conducta dolosa o culposa y generado un daño patrimonio del Estado cierto y cuantificable, y que entre los anteriores exista un nexo causal.

Finalmente resulta imperioso traer a colación, la Sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022, en la que la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najjar, enunció a materia de ejemplo, que particulares o sujetos de derecho privado en virtud de su actividad realizan gestión fiscal, indicando:

«161. A modo de ilustración, y sin el objeto de agotar todos los ejemplos de particulares que actúan como gestores fiscales, conforme a la ley, la reglamentación administrativa, los actos de delegación, los contratos estatales y, según lo ha convalidado tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado, son gestores fiscales y por lo tanto sujetos de control fiscal, entre otros, los siguientes particulares: (i) las Cámaras de Comercio, las cuales, al ejercer las funciones públicas registrales atribuidas directamente por la ley, perciben y recaudan recursos públicos en la modalidad de tasas contributivas que administran y disponen, pudiendo adquirir con ellos bienes públicos, para el ejercicio y desarrollo de tales funciones registrales; (ii) las Cajas de Compensación Familiar, las cuales recaudan, administran y disponen, conforme a la ley, de los recursos públicos en la modalidad de contribuciones parafiscales para el pago en dinero, en servicios o en especie del subsidio familiar; (iii) las empresas prestadoras de servicios públicos, con motivo del recaudo de los recursos públicos en la modalidad de tasas; (iv) las entidades promotoras de salud, con motivo del recaudo de los recursos públicos en la modalidad de contribuciones; (v) las entidades gremiales que reciben y administran recursos públicos de carácter tributario en la modalidad de contribuciones parafiscales que conforme a la ley administran, entre otros, el Fondo Nacional del Café, el Fondo Nacional del Tabaco, el Fondo Nacional Avícola - FONAV, el Fondo Nacional de Porcicultura y el Fondo Nacional del Ganado; los fondos de fomento, tales como el Fondo de Fomento Palmero, el Fondo de Fomento Cacaotero, el Fondo de Fomento Arrocerero, el Fondo de Fomento Cerealista y de Leguminosas, el Fondo de Fomento Algodonero, el Fondo de Fomento Panelero, el Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola FNFH, el Fondo Nacional de Fomento de Papa y el Fondo de Fomento para las Mujeres Rurales; y, los Fondos de Estabilización de Precios tales como el Fondo de Estabilización de Precios del Algodón -FEPA, el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar, el Fondo de Estabilización de Precios del aceite de palma y sus derivados y el Fondo de Estabilización de Precios del Cacao; **(vi) los contratistas que de acuerdo con el objeto u obligación en un contrato estatal se les atribuyen facultades de recaudo, administración y disposición de recursos públicos como tasas o anticipos o la administración de bienes públicos -sean de uso público o los bienes fiscales-, como el suelo y la infraestructura estatal que reciben, utilizan, administran y destinan para su construcción, rehabilitación, ampliación u operación;**(vii) los agentes retenedores de un tributo conforme a la ley (v.gr. IVA, renta o timbre). (Subrayado y resaltado fuera del texto)

De modo que, para el honorable Tribunal en el caso en particular de que un contratista con ocasión al objeto y las obligaciones de un contrato estatal, se le otorguen bienes públicos o bienes fiscales, como el suelo y la infraestructura estatal destinados para su construcción, rehabilitación, ampliación u operación, estaría actuando en el marco de una gestión fiscal.

## 2. Del régimen de control fiscal sobre las empresas prestadoras de servicios públicos.

La Ley 142 de 1994 «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios» estableció en su artículo 14 que las empresas prestadoras se clasifican en oficiales, mixtas y privadas, definiendo cada una, de la siguiente manera:

«(...)

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.»

En cuanto a las reglas especiales sobre la participación del Estado, la norma ibidem consideró:

«Artículo 27. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

(...)

27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales.» Subrayado por fuera del texto. (Subrayado por fuera del texto)

Dicho ello, los aportes de recursos o bienes realizados por la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, a las empresas prestadoras de servicios públicos, conservan su calidad de recursos y patrimonio público, por lo que son objeto del control fiscal dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, en cabeza de la contraloría correspondiente.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencia del 21 de noviembre de 2003 Rad. Exp. 25000-23-24-000-1999-00456-01(7369), con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barrero, expuso:

«Es evidente que tanto la norma constitucional como la legal anteriormente transcritas demuestran que no es cierto que el control de gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentre deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto en la medida en que aquellas posean dentro de sus aportes, así sea en mínimo porcentaje, recursos públicos, la respectiva Contraloría ejercerá el control de gestión.



Los organismos de control se encuentran, entonces, habilitados para evaluar la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos, con el fin de salvaguardar el erario público.

(...)

Concluye la Sala que el control fiscal tiene que ser integral, es decir, sobre la totalidad del capital de las empresas de servicios públicos, pues, de no ser así, las mismas tendrían que llevar doble contabilidad, presentar dos estados financieros, dos clases de planes, proyectos, programas, etc., lo cual escapa a toda lógica. No queda duda, entonces, que basta que una empresa de servicios públicos maneje fondos o bienes públicos, no importa en qué porcentaje de su capital, para que la respectiva contraloría ejerza sobre ella el control fiscal que constitucional y legalmente le ha sido asignado, pues es su deber velar por la forma como dichas empresas invierten y manejan tales fondos.»

No existe duda por este Despacho que las empresas prestadoras de servicios públicos son sujetos de control fiscal indistintamente de su régimen jurídico o su clasificación, siempre que manejen o administren recursos públicos, así se ha concluido en los Conceptos 110.026.2023, 110.006.2022, 110.076.2021 emitidos por esta oficina jurídica y los cuales puede consultar en la página web institucional, mediante el siguiente enlace: <https://www.auditoria.gov.co/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>.

Ahora bien, ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que dicho control no se realiza exclusivamente sobre los recursos o bienes públicos, debido a que ello obligaría a las empresas prestadoras de servicios a llevar una doble contabilidad en el que se distingan los recursos o bienes públicos de los dineros privados, por lo afirma, el control fiscal debe ser de manera integral sobre todo el patrimonio, ello con el propósito de determinar los resultados de la gestión empresarial.

No obstante, no puede perderse de vista que en el caso específico del proceso de responsabilidad fiscal es requisito sine qua non, la causación del daño cierto y cuantificable al patrimonio público, razón por la cual, es necesario en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos con aportes oficiales y privados, el ente de control correspondiente verifique que el daño recaiga sobre recursos o bienes públicos, así como el cumplimiento de los demás requisitos y elementos de la responsabilidad fiscal.

Resalta el Consejo de Estado en Sentencia del 14 de marzo de 2019, Rad.: 05001-23-31-000-2010-01164-02, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López, que:

«Como ya se vio, la naturaleza de las redes e instalaciones de las empresas de servicios públicos sí obedece a la naturaleza del prestador propietario de esas redes e instalaciones. Así, si es el Estado quien lo presta directamente entrará a hacer parte de su estructura y se reputará bien fiscal; pero si quien despliega la actividad consistente en la prestación del servicio público es un particular, esos bienes (redes o instalaciones), no pierden la naturaleza privada.»

Así las cosas, colige este Despacho que la naturaleza de los recursos y bienes de las empresas de servicios públicos se encuentra condicionada a la naturaleza del propietario, por lo que, en el caso



empresas con aportes públicos y privados, el proceso de responsabilidad fiscal recaerá solo sobre los daños causados sobre los bienes y recursos que hacen parte del patrimonio público.

En ese sentido, para que un contratista de una empresa prestadora de servicios públicos con patrimonio oficial y privado sea sujeto pasivo dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, debe existir certeza que esté, habilitado por su objeto y obligaciones contractuales generó un daño sobre recursos o bienes públicos en el marco de la gestión fiscal.

### 3. De la constitución de pólizas dentro de los procesos de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos

El artículo 2.2.1.1.1.6.3. atribuye la obligación en cabeza de las Entidades Estatales de evaluar los riesgos con ocasión al proceso de contratación, de la siguiente manera:

«Evaluación del Riesgo. La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.»

Las pólizas y garantías son un instrumento para gestionar y distribuir algunos riesgos identificados en el proceso de contratación, la Guía de garantías en Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente al responder la pregunta si ¿Todos los contratos estatales deben estar cubiertos por una garantía?, determina:

«Ciertos Riesgos identificados por las Entidades Estatales pueden cubrirse a través de cualquiera de los instrumentos de garantía antes descritos.

En las modalidades de selección de contratación directa y mínima cuantía, así como en la contratación de seguros, la Entidad Estatal debe justificar la necesidad de exigir o no la constitución de garantías.

En las demás modalidades de selección son obligatorias las garantías de seriedad de la oferta y cumplimiento. La garantía de responsabilidad civil extracontractual es obligatoria en los contratos de obra y en aquellos en que por su objeto o naturaleza la Entidad Estatal lo considere necesario, con ocasión de los Riesgos del contrato.» (Subrayado por fuera del texto)

De igual forma, enuncia diferentes tipos de garantías derivadas de las etapas contractuales, indicando que estas pueden ser:

«1. Selección: El oferente debe otorgar garantía de seriedad de la oferta amparando los siguientes eventos:

- No ampliación de la vigencia de la garantía cuando el plazo para la adjudicación o suscripción del contrato sea prorrogado, siempre que esa prórroga no exceda de tres (3) meses.
- Retiro de la oferta después de vencido el plazo para su presentación.
- No suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
- La no constitución de la garantía de cumplimiento del contrato por parte del adjudicatario.



2. Contratación y ejecución: En esta fase la garantía debe cubrir los Riesgos derivados del incumplimiento del contrato. Esta garantía puede cubrir todos o algunos de los siguientes amparos

- según las condiciones del objeto del contrato:
- Buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Devolución del pago anticipado.
- Cumplimiento del contrato.
- Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales.

En adición a la garantía de cumplimiento, la Entidad Estatal puede solicitar un seguro de responsabilidad civil extracontractual para aquellos contratos en los que el desarrollo del objeto implica un riesgo de daños a terceros.

En el caso del amparo de pago de obligaciones laborales, el garante está obligado a pagar la indemnización de estos perjuicios en la medida que se afecte el patrimonio de la Entidad Estatal asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados del contratista no han acudido a reclamar a la Entidad Estatal.

3. Obligaciones posteriores a la ejecución: En esta fase se cubren los Riesgos que se presenten con posterioridad a la terminación del contrato y sus amparos son:

- Estabilidad y calidad de la obra.
- Calidad del servicio.
- Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

El amparo de calidad del servicio tiene por objeto cubrir los perjuicios derivados de la prestación deficiente del servicio contratado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de los siguientes eventos: mala calidad o la insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de servicios y mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato. Si la falta de calidad se presenta durante la ejecución del contrato, el amparo que debe afectarse no es éste sino el de cumplimiento.

El amparo de calidad del servicio es aplicable tanto en contratos de ejecución sucesiva, por ejemplo en contratos de aseo y cafetería, como de ejecución instantánea, por ejemplo contratos para la realización de los diseños. Este amparo opera una vez concluida la vigencia del amparo de cumplimiento.»

Ahora bien, en lo que respecta a una obligación derivada de un proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 del 2000 habilita en su artículo 44 que durante el trámite de proceso, el ente de control pueda vincular como tercero civilmente responsable a aseguradora cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, resaltó:



8. Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se prestan para garantizar la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268.

(...)

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.

(...)

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

(...)

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. (Subrayado por fuera del texto).

Así las cosas, los entes de control, pueden mediante la póliza de cumplimiento vincular a las aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta las afectaciones causadas al patrimonio público derivadas del incumplimiento del contratista a sus obligaciones contractuales, en ese sentido, al ser la garantía de cumplimiento obligatoria en las modalidades de selección con excepción de la contratación directa, se entendería que por regla general los contratos celebrados se encuentran amparados ante un eventual proceso de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, las empresas prestadoras de servicios públicos a luz de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, se rigen exclusivamente en sus actos y contratos por normas de régimen privado, no obstante, estas están sometidas a los principios de la contratación estatal establecidos en la Ley 80



de 1993, de los cuales hace parte el Principio de Responsabilidad establecido en el artículo 26 que en su numeral octavo estatuye:

«8o. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.»

Así las cosas, comporta una obligación para las empresas tomar todas las medidas necesarias para que el contratista responda por la buena calidad del objeto contrato y las obligaciones contractuales, por lo que, en la adopción de sus manuales de contratación deben establecerse los mecanismos necesarios, siendo uno de estos la constitución de garantías.

#### **4. De la caducidad y la prescripción en el proceso de responsabilidad fiscal.**

El artículo 9 de la Ley 610 de 2000, establece:

«Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.»

Así las cosas, en cuanto a la caducidad de la acción el legislador previó un término de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho que generó al daño al patrimonio público cuando este es único e instantáneo, distinguiéndolo de aquellos de tracto sucesivo, caso en el cual los cinco años empezarán a contarse desde el último hecho, así las cosas habrá caducado la acción fiscal si pasado el término establecido el ente de control no ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Respecto a la prescripción del proceso, el legislador determinó que si pasados cinco años contados a partir del auto que dio apertura, no se ha proferido fallo, se entenderá prescrito.

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)

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 [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [pavelasquez@auditoria.gov.co](mailto: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](http://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 las contraseñas f6801cc1 también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



**ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA**  
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira
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.	

