

**LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DEL CONTRATO DE SEGURO EN LOS  
PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA (2012 A 2018)**

**LINA MARCELA MERCHAN PRIETO**

**VIVIANA PADILLA OROZCO**

**ASESORA**

**NOHORA ELENA PARDO POSADA**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**INSTITUTO DE POSGRADOS**

**MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2019**

Nota de Aceptación

---

---

---

---

---

---

---

Presidente del jurado

---

Jurado

---

Jurado

Bogotá D.C., \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios Padre Celestial, quien nos otorgó la sabiduría para culminar este compromiso, con la intercesión de su Madre Santísima.

A la Dra. Nohora Elena Pardo Posada, Directora de Tesis, quien con su paciencia, motivación, y ejemplo fue la artífice que hizo posible este valioso resultado.

A nuestros padres Nubia, Alcides, Amparo, y Miguel promotores de vida y perseverancia.

A nuestros hijos Lizeth, Julián, y Santiago, quienes son nuestra fuente de inspiración para ser mejores personas y profesionales.

A nuestros esposos Beily y Duber, por su motivación y apoyo durante este proceso.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	9
METODOLOGÍA.....	14
CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA.....	16
1.1 La gestión y el control fiscal: presupuesto primario de la responsabilidad fiscal.....	16
1.1.1 Noción de gestión fiscal .....	16
1.1.2 El control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales actualizado de conformidad con el Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019. ....	20
1.1.2.1 Desarrollo histórico de la Gestión fiscal en Colombia .....	25
1.1.2.2 Principios y sistemas de control fiscal en Colombia .....	29
1.2 La responsabilidad fiscal en Colombia. ....	31
1.2.1 El concepto de responsabilidad. ....	31
1.2.2 Presupuestos normativos y constitucionales de la responsabilidad fiscal. ....	34
1.2.3 Sujetos de la responsabilidad fiscal.....	38
1.2.4 Caracterización de la responsabilidad fiscal.....	41
1.2.4.1 Carácter patrimonial de la responsabilidad fiscal.....	42
1.2.4.2 Es de carácter netamente resarcitoria. ....	43
1.2.4.3 La responsabilidad tiene un carácter autónomo e independiente .....	44
1.2.4.4 La responsabilidad fiscal es diferente de la responsabilidad que pueda tener el servidor público en la acción de repetición. ....	46
1.2.4.5 La responsabilidad fiscal no es de carácter objetiva.....	47
1.2.4.6 La responsabilidad fiscal tiene un procedimiento especial de carácter administrativo. ....	48
1.2.4.7 La vinculación de las aseguradoras es obligatoria en la responsabilidad fiscal. ....	53

1.2.5 Elementos que componen la responsabilidad fiscal. ....	55
1.2.5.1 Una conducta dolosa o culposa cometida por quien es gestor fiscal.....	55
1.2.5.2 El daño patrimonial .....	60
1.2.5.3 El nexo de causalidad .....	62
<b>CAPITULO II. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.....</b>	<b>64</b>
2.1 El seguro de responsabilidad.....	64
2.1.1 Antecedentes del seguro de responsabilidad. ....	64
2.1.2 Definición del seguro de responsabilidad.....	69
2.1.3 El interés asegurable, la suma asegurada y el riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad. ....	71
2.1.4 La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad .....	81
2.2 El seguro de responsabilidad de los servidores públicos. ....	84
2.2.1 Seguro de responsabilidad civil del servidor público. ....	84
2.2.2 Seguro de responsabilidad fiscal del servidor público. ....	87
2.2.3 Tomador del seguro de responsabilidad del servidor público. ....	88
2.2.4 Naturaleza del seguro de responsabilidad del servidor público y regulación.....	89
2.2.5 El daño patrimonial como supuesto del siniestro. ....	94
2.3 La posición de garante de la aseguradora en el proceso de responsabilidad fiscal y llamamiento como tercero civilmente responsable. ....	96
<b>CAPITULO III. LA PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA RESPONSABILIDAD FISCAL.....</b>	<b>101</b>
3.1 El término de prescripción del contrato de seguro de responsabilidad en el caso de la responsabilidad fiscal. ....	101
3.2 Principio de Especialidad. La Ley Especial (Ley 610 de 2010) prevalece sobre la Ley General (Decreto 410 de 1971 Código de Comercio).....	110

3.3 Posición jurisprudencial del Consejo de Estado frente al término de prescripción del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal.....	114
3.4 Análisis de casos de procesos de responsabilidad fiscal de la Contraloría Departamental del Caquetá (2012 – 2018) .....	124
3.5 La ley 1474 de 2011 vs Decreto 410 de 1971: ¿prescripción de dos o de cinco años? ....	133
PROPUESTA.....	142
CONCLUSIONES .....	145
REFERENCIAS.....	148

## INDICE DE TABLAS

<b>Tabla No. 1</b> Análisis del contenido de la ley 610 de 2000.....	36
<b>Tabla No. 2.</b> Procesos con fallos de responsabilidad fiscal que se acogen al término de prescripción de cinco (5) años señalados en el período 2012 – 2017....	124
<b>Tabla No. 3.</b> Medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que la Contraloría Departamental del Caquetá es demandada, entre otros, por la prescripción del contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal.....	132

## INDICE DE GRAFICAS

<b>Gráfica No. 1.</b> El proceso de responsabilidad fiscal.....	50
<b>Gráfica No. 2.</b> El seguro de responsabilidad y sus sujetos.....	92

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación nace de la inquietud relacionada con la suerte que corren los recursos y bienes del Estado en manos de los funcionarios públicos, contratistas y particulares que administran, custodian y manejan los recursos del Erario; de la forma como los órganos de control fiscal, concretamente la Contraloría General de la República, desarrolla la vigilancia y control a los sujetos de control y como se surte el proceso de responsabilidad fiscal, en especial la aplicación normativa que en este se define sobre el término de prescripción del contrato de seguro, en cuanto a la vinculación de las aseguradoras en calidad de terceros civilmente responsables.

Los presupuestos jurídicos y fácticos que fundamentan el desarrollo de la presente investigación son de una parte, la preceptiva constitucional, normativa, doctrinal y jurisprudencial, y de otra, el estudio de casos, asumidos a través del levantamiento de información de campo sobre expedientes que surten investigaciones de responsabilidad fiscal, que motivan el desarrollo de la temática.

En desarrollo de la temática de investigación, es importante recordar que en el adelanto contemporáneo de la democracia del Estado Colombiano, se resalta con gran categoría el incremento en la participación ciudadana dentro de la gestión de los diferentes asuntos públicos, atribuida especialmente a la relevancia otorgada a los mecanismos de control que permiten la fiscalización del apropiado ejercicio de la autoridad en cabeza de quienes tienen bajo su responsabilidad la formulación de las políticas públicas y su correspondiente ejecución. Intrínseco al ejercicio de vigilancia se halla el control fiscal, cuyo origen constitucional le otorga una particular y primordial connotación en la ardua tarea gubernamental dirigida al cumplimiento de los fines esenciales del Estado y al logro constante de los mismos, bajo la aplicación inherente de los principios de la administración pública.

A partir de la Constitución Política de 1991, según lo señalado en su artículo 268 numeral 5, el Contralor General de la República con extensión a los contralores territoriales, considerando

lo determinado por el inciso 6 del artículo 272, tienen la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de acuerdo con las consecuencias que resulten de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente o en todo caso lesiva al patrimonio estatal.

De acuerdo con lo determinado por el legislador en la Ley 610 de 2000, corresponde a la gestión fiscal todos los actos y operaciones que ejecuta la administración pública para adquirir e integrar el patrimonio del Estado, demarcando para el control y la gestión fiscal dos campos de acción claramente diferenciados de los demás órganos del Estado que deciden la eficacia y oportunidad de cada uno de los actos inherentes al ejercicio del poder estatal, y de su control, de acuerdo con su aspecto fiscal manifiesto y que asigna palmariamente la Constitución a las contralorías en el ámbito de sus jurisdicciones.

En cuanto a la responsabilidad fiscal en Colombia, se puede indicar que su naturaleza jurídica está diseñada desde el ámbito administrativo, considerando que las decisiones que profieren las Contralorías en su ejercicio constitucional, no tienen fuerza de verdad definitiva ni hacen tránsito a cosa juzgada, de tal forma que sus fallos, una vez se encuentran ejecutoriados, pueden ser objeto de revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de una conducta culposa o dolosa de quienes realizan gestión fiscal. Esta reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado a la entidad, mediante el pago de una indemnización pecuniaria.

Así las cosas, el Estado se pretende blindar con garantías que le permitan otorgar seguridad a través de sus entidades bajo la suscripción de garantías o contratos de seguro contenidos en una póliza, de cuya existencia se deriva la vinculación de las compañías de seguros dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, como medida eficaz en la búsqueda del resarcimiento del patrimonio público, bajo la calidad de tercero civilmente responsable.

Puede considerarse dentro del portafolio de servicios ofrecido por las aseguradoras, las pólizas de manejo del sector oficial que pretenden amparar a las entidades y cargos de los empleados asegurados de riesgos causados por los servidores públicos que en atención a los servicios encomendados puedan generar un daño patrimonial del que se derive una posible responsabilidad fiscal. Así mismo, se haya la existencia de pólizas de cumplimiento cuando el daño ocasionado en ejercicio de la gestión fiscal, corresponde específicamente sobre la ejecución de la actividad contractual o como consecuencia de la misma.

Las pólizas relacionadas anteriormente, han venido siendo reguladas por la disposición legal consagrada en el artículo 1081 del Decreto 410 de 1971 (código de comercio), según la cual “la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción” (Decreto 410 de 1971, Art. 1081).

Por su parte, el artículo 9 de la ley 610 de 2000 señala que “la responsabilidad fiscal prescribirá en cinco 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” (Ley 610 de 2000. Art. 9).

Sin embargo, aún con la existencia de las normas anteriores, el artículo 120 de la ley 1474 de 2011 expresa que “las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos establecidos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000” (ley 1474 de 2011. Art. 120). Por lo anterior, surge para la presente investigación la pregunta: **¿Cuál es la prescripción que opera en el proceso de responsabilidad fiscal ante la diversidad normativa que para este aspecto prima en Colombia?** Para tal efecto, es pertinente consultar el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal que se le brinda al tema para abordar una respuesta científica en derecho, tarea que desarrollamos en este trabajo de investigación.

Desde la perspectiva de los tratadistas colombianos, con el proceso de responsabilidad fiscal se buscó no solo proteger los recursos públicos del Estado, de una indebida administración por parte de sus funcionarios, sino una garantía de evitar un detrimento patrimonial, que desangre el erario. De ahí que el legislador haya considerado como medida efectiva para ello, acudir al contrato de seguro para evitar la pérdida de los dineros que fueron indebidamente invertidos o apropiados por los servidores públicos que tienen el carácter de gestores fiscales.

Ahora bien, como se expone en el problema de investigación es claro que existe un vacío jurídico en lo que se refiere al término de prescripción de dicho contrato, que se sustenta en la contradicción que para el efecto existe entre el Código de Comercio y la ley 1474 de 2011, en cuanto a este elemento. Frente a ello, la hipótesis que se pretende corroborar con la investigación propuesta, comprende la inferencia de que el término de prescripción que se debe aplicar en el caso del seguro en el proceso de responsabilidad fiscal, es el estipulado en la ley 1474 de 2011 y no el que establece el Código de Comercio.

La anterior determinación, considerando el principio de jerarquía de las normas y a la finalidad sustancial que se derivan de éstas, que hacen primigenias y de mayor relevancia en el ordenamiento jurídico, aquellas que por su naturaleza protegen el interés general sobre el particular, como sucede en los casos de responsabilidad fiscal, donde se ven involucrados dineros públicos, cuya finalidad no es otra que la de satisfacción de los fines del Estado y con ello de las condiciones mínimas de cumplimiento de los derechos reconocidos a los asociados del Estado, en la Constitución Política de Colombia.

Para lograr dicho cometido se formularon los siguientes objetivos:

### **General**

Establecer el término de prescripción del contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal en Colombia.

Desde luego, para hacer más práctico el desarrollo del objetivo general de la investigación arriba planteado, se trazaron los objetivos que a continuación se detallan:

## **Específicos**

- Analizar los presupuestos y elementos jurídicos del proceso de responsabilidad fiscal.
- Determinar en qué consiste el contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal.
- Identificar a partir de un análisis jurisprudencial, doctrinal y de casos, el término de prescripción que debería ser aplicable para el contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal.

## METODOLOGÍA

### **Estrategia metodológica.**

- **Enfoque de la investigación**

El enfoque de la investigación propuesta es de carácter jurídico, definida por Vanegas de la siguiente manera:

“Su objeto de conocimiento es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

Los problemas para investigar son los de la norma jurídica en sentido restrictivo y los del sistema jurídico en sentido extensivo.

(...) Los problemas que suscita la interpretación y aplicación de la norma en general a los casos particulares, sus contradicciones, deficiencias y omisiones (...)” (Vanegas et. al., 2011, p. 43)

Para el caso de esta propuesta, lo que se busca es analizar desde este enfoque la contradicción que existe entre lo que dispone la ley 1474 de 2011 y el Código de Comercio- Decreto 410 de 1971, en lo que respecta al término de prescripción de la acción en el seguro de responsabilidad para el caso de la responsabilidad fiscal.

- **Tipo de investigación.**

El tipo de investigación es de carácter explicativo que, de acuerdo con Hernández, Fernández y Baptista (2010, p. 62), se encuentra dirigidas a “(...) responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están

relacionadas”. Para el caso concreto, se busca determinar cuál es el término de prescripción que se debe aplicar al contrato de seguro dentro del desarrollo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, si es el señalado en la Ley 1474 de 2011 o el consignado en el Código de Comercio; y explicar la respuesta considerando desde luego el punto de vista del principio de jerarquía y especialidad de la norma, así como los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

- **Método de investigación.**

El método de investigación seleccionado es de carácter cualitativo, la cual “utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández et. al, 2010, p. 7), que para esta propuesta comprende el análisis de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han pronunciado frente al tema de la prescripción del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal, que se acompañará con el estudio de algunos casos adelantados por la Contraloría Departamental del Caquetá, en los que se presenta la hipótesis que se busca corroborar en la presente investigación.

- **Técnica y fuentes de investigación.**

Dentro de las técnicas de investigación, se acudirá principalmente a la consulta doctrinal, normativa y jurisprudencial que exista al respecto, así como a los casos que para el efecto se consulten en la Contraloría Departamental del Caquetá que estén relacionados con el tema propuesto en un rango de años que van desde el 2012 hasta el 2018.

## **CAPÍTULO I. LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN COLOMBIA**

Este primer capítulo de contextualización versa sobre la responsabilidad fiscal en Colombia, su concepto, naturaleza, función, proceso, entre otros, a fin de que el lector comprenda el tema que se buscará abordar a lo largo de la presente investigación, por cuanto conocer en qué consiste la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal es necesario para poder comprender como opera la prescripción en el proceso que se adelanta cuando existe un daño en los recursos del Estado y es llamado en garantía el tercero civilmente responsable, ya que lo que es objeto y fin del seguro es precisamente lo que busca resarcirse con el proceso de responsabilidad fiscal.

### **1.1 La gestión y el control fiscal: presupuesto primario de la responsabilidad fiscal.**

#### **1.1.1 Noción de gestión fiscal**

El origen del control fiscal sobre quien ejerce gestión fiscal, se hizo necesario cuando comenzó a evidenciarse la destinación y uso indebido de los recursos del Estado. El control fiscal fue una respuesta del Estado, con la que se buscaba la vigilancia del uso de los recursos públicos por quienes los administraban (Rincón, 2014, p. 3). En Colombia la autoridad encargada de ejercer el control fiscal es la Contraloría General de la República. Previo a la Constitución Política de 1991, el control fiscal era ejercido como un control previo. Según Rincón (2014) ello conllevó a que existieran focos de corrupción y a que se implementara este control de forma posterior.

Con la adopción de una nueva Constitución Política en 1991, se refuerza el control fiscal con la separación de las ramas del poder público y de los órganos del control, dentro de éstos últimos el de la Contraloría General de la República. Al no existir relaciones de dependencia entre los órganos de control y las ramas del poder público, el ejercicio del control fiscal podía hacerse de manera más transparente y eficaz, y atendiendo a los presupuestos constitucionales de vigilancia en la correcta ejecución de los recursos. La autonomía que le da el constituyente a la

gestión fiscal en las entidades territoriales requería también una autonomía en quien lo vigilaba, de forma que pudiese ejercer dicho control de manera imparcial. Al respecto la Corte Constitucional indica lo siguiente:

(...) con arreglo a estos parámetros aparecen las contralorías en sus diferentes niveles ejerciendo un poder de vigilancia que consulta los dictados de la auditoría moderna, en el entendido de que la Administración goza de plena autonomía e independencia para el desarrollo de su gestión fiscal, surtido lo cual emerge el control selectivo con un sentido retrospectivo e integral que finalmente debe dar cuenta del examen cuantitativo y cualitativo realizado sobre la materialidad de dicha gestión fiscal. Congruentemente las contralorías no hacen parte de ninguna rama del poder público como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia requerida en todo haber controlador (Corte Constitucional. Sentencia C – 127 de 2002)

La gestión fiscal es el objeto sobre el que recae el control fiscal. En otras palabras, el control fiscal es la forma en que se vigila al que es gestor fiscal, acorde a que sea quien ejerza la ejecución, recepción, administración, destinación de los recursos del Estado de manera adecuada y conforme a las disposiciones legales y constitucionales. En ese sentido lo define la ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, al señalar en su artículo 4º que:

“El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles.

Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la presente ley” (Ley 42 de 1993. Art. 4)

La separación de la labor de la Contraloría de las demás entidades y ramas del poder público se cimienta en la necesidad no sólo de realizar un control en la ejecución de los recursos públicos del Estado, sino en los resultados que se espera con éstos, como medio de cumplimiento de los fines esenciales del Estado y como forma de evitar la presencia de una coadministración como sucedía antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 (Corte Constitucional. Sentencia C – 832 de 2002). Ahora bien, el control fiscal recae sobre la administración de los recursos públicos. A ello es lo que se le denomina la gestión fiscal definida por la ley de la siguiente manera:

**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. (Ley 610 de 2000, art. 3)

La Corte Constitucional considera la gestión fiscal como la administración o manejo de los bienes que hacen parte del erario, en sus etapas de recepción, conservación, adquisición, gasto, inversión, disposición y destinación (Corte Constitucional. Sentencia C – 599 de 2011). Por su parte el Consejo de Estado define la gestión fiscal como

El conjunto de actividades económico – jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión en sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado (Consejo de Estado. Sentencia del 31 de julio de 1996)

Como se analizará más detalladamente en líneas posteriores, para que pueda hablarse de responsabilidad fiscal quien incurre en la acción o la omisión que la causa, debe tener la calidad de ser gestor fiscal, que en otras palabras se traduce en un administrador de los recursos del Estado, y quien es el que efectivamente puede incurrir en una conducta que pueda ocasionar responsabilidad fiscal. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

El objeto de la ley 610 de 2000 es desarrollar la responsabilidad fiscal de quienes realizan gestión fiscal (artículo 4 de la ley 610 de 2000), tal gestión es, como allí mismo se señala “la actividad que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos” (artículo 3 de la ley 610 de 2000) Resulta claro entonces que el sujeto pasivo del proceso de responsabilidad fiscal solo puede ser aquel quien tenga la calidad de gestor fiscal en los términos que señala la ley; es decir, si la conducta no fue realizada por un gestor fiscal no podrá iniciarse proceso fiscal en su contra, o de iniciarse, operarí una causal de cesación de la acción fiscal (...) (Corte Constitucional. Sentencia C – 131 de 2003)

La ley 610 de 2000, señala en su artículo 6º que el “(...) daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público” (Ley 610 de 2000, art. 6). En ese sentido la calidad de gestor fiscal puede corresponder a los siguientes sujetos:

- Los servidores públicos que dentro de sus funciones y actividades tengan el deber de administrar recursos del erario.
- Las personas, sean naturales o jurídicas, que tengan a su cargo la administración de recursos del Estado (Mazo, 2007, pág. 38)

### **1.1.2 El control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales actualizado de conformidad con el Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019.**

El control fiscal en Colombia se encuentra en cabeza de los órganos de control, éstos son la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, y la Auditoría General de la República en lo atinente a los recursos que administran las mismas contralorías para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y como se vislumbra no centraliza en una sola entidad, por tanto, debe coexistir una distribución de competencias que se puede analizar desde el punto de vista orgánico, es decir, desde el órgano territorial o el nivel u órgano nacional de la entidad que se vigile (Sánchez, López, Peña, Aldana 2006 p. 49), así las cosas, el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República está dirigido a las entidades del orden nacional contempladas en la estructura del Estado siempre que manejen fondos o bienes públicos; así mismo, para el nivel territorial las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales conforman lo que se denomina control fiscal territorial y se encuentra delimitado en el artículo 272 de la constitución política, modificado por el Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019, que establece lo siguiente:

La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales (Constitución política, art. 272).

El fundamento legal del control fiscal territorial, se construye a partir del imperativo expuesto en el artículo 65 de la ley 42 de 1993, al señalar que: “Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley” (Ley 42 de 1993, art. 65).

No obstante, pese a la aparente distribución ecuánime de competencias, se suscitaron conflictos al momento de vigilar los recursos que podían administrar las entidades territoriales (Sánchez, López, Peña, Aldana 2006 p. 50), en donde estas pueden recibir recursos del orden nacional y en donde el factor orgánico no tendría cabida, esto es, las contralorías territoriales no podrían investigar fiscalmente el daño producido bajo esas condiciones, por recursos de la Nación como en el caso de los recursos entregados por el Sistema General de Participaciones. La Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2002 resolvió la exequibilidad del numeral 6 del artículo 5 del decreto ley 267 de 2000, en donde hizo una interpretación armónica de los artículos 267 y 272 de la constitución política, en la cual concluyó que existe una competencia concurrente, sin perjuicio del control preferente que puede ejercer la Contraloría General de la República, entre ésta y las contralorías territoriales para el ejercicio del control fiscal en relación con los recursos de la Nación que sean transferidos a los entes territoriales. En aquella ocasión la honorable Corte señaló:

"(...) De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional. (...) Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República (...) no encuentra entonces la Corte que resulte inexecutable lo dispuesto por el artículo 5º numeral sexto del Decreto-ley 267 de 2000, como quiera que bien puede el legislador establecer competencias prevalentes, como lo hizo en este caso y en nada se vulnera norma alguna de la Constitución cuando para este efecto ordena que exista coordinación entre las actividades que cumplan para la vigilancia de la gestión fiscal tanto la Contraloría General de la República como las contralorías territoriales (...)"(Corte Constitucional. Sentencia C – 127 de 2002)

Para tal efecto, y con el fin de organizar como se distribuiría dicha competencia concurrente la Contraloría General de la República expidió la resolución orgánica No. 5678 de 2005 y en su artículo 3 se indicó que:

(...) “Son sujetos de vigilancia y control fiscal del Sistema de Vigilancia Especial de la Contraloría General de la República y contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, las entidades territoriales que reciben y manejan recursos transferidos por la Nación correspondientes al Sistema General de Participaciones.

La competencia de la Contraloría General de la República está circunscrita a la vigilancia y control fiscal sobre los recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales; y la de las contralorías territoriales se circunscribe al ámbito de su respectiva jurisdicción” (...) (Resolución orgánica No. 5678 de 2005 de la Contraloría General de la República artículo 3).

Más adelante, en el Artículo 5° ibídem se señaló que:

(...) “La Contraloría General de la República y las contralorías territoriales concurren en la competencia para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal al Sistema General de Participaciones; sin perjuicio del control, seguimiento y verificación del uso legal que de estos recursos recaerá constitucional y legalmente en la Contraloría General de la República.

Parágrafo 1°. Entiéndase por concurrencia, la atribución de que gozan tanto la Contraloría General de la República como las contralorías territoriales para la vigilancia y control fiscal a los recursos del Sistema General de Participaciones, sin que la misma pueda interpretarse como la simultaneidad en su ejercicio, para lo cual se establecerán los procedimientos de coordinación previstos en la presente resolución” (...) (Resolución orgánica No. 5678 de 2005 de la Contraloría General de la República artículo 5).

En consecuencia, de lo antes transcrito se podría interpretar que existía una mixtura en la distribución de competencias dada por el origen de los recursos y el órgano del que proviniera la futura vigilancia, con el cual debían sortear los órganos de control y así evitar el conflicto de competencia, discusión que fue dirimida por la Honorable Corte Constitucional, no obstante, con la expedición del Acto Legislativo No. 004 del 18 de septiembre de 2019 se instituyó que la

competencia para la vigilancia de la gestión fiscal es concurrente entre las contralorías territoriales y la Contraloría General de la República compilando en el ordenamiento constitucional colombiano lo que le ha correspondido interpretar a la Honorable Corte Constitucional por vía de jurisprudencia, y sin resultar enriquecedor.

A continuación, se presentará el alcance de la reforma al control fiscal a partir de la promulgación del Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, siendo preciso señalar que la misma está sujeta al control de la Corte Constitucional y a los decretos reglamentarios que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, razón por la cual, lo presentado obedece sólo a una contextualización de lo que será el control fiscal en Colombia.

El Acto Legislativo No. 004 del 18 de septiembre de 2019 incorpora como novedades las siguientes: el control fiscal continua siendo posterior y selectivo, no obstante, también será preventivo y concomitante sin que implique coadministración, como se encontraba antes de la expedición de la Constitución de 1991, pues se realizará en tiempo real mediante el uso de tecnologías de la información y participación del control social de cara a la sociedad y el control interno de cada entidad, en una sinergia entre: Contralorías, veedurías y control interno de la entidad, haciendo uso de advertencias a los gestores fiscales incluido en un sistema general de advertencia público que deberá ser reglamentado por el Gobierno Nacional; así mismo, se estableció en la reforma que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, razón por la cual, el contralor podrá imponer multas a quienes aleguen reserva legal para no entregar documentación solicitada en cualquier momento por parte de un ente de control; otro aspecto interesante de la reforma, refiere al control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal el cual será expedito y gozará de etapas y términos procesales especiales que no podrán ser superior a un año, esto con el fin que se garantice la recuperación oportuna de los recursos públicos, dado que al ser controlados los fallos de responsabilidad fiscal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se sometían a la misma congestión judicial como los demás asuntos en turno de los despachos judiciales; se estableció que solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las

faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días, dado que anteriormente no existía límite de tiempo para considerar que era una falta absoluta y temporal dejando establecido un criterio temporal para entender las faltas.

Al Contralor General de la República se le agregaron como funciones: la prelación en la jurisdicción coactiva una vez se establezca la responsabilidad que se derive de un gestor fiscal, lo cual implica que los montos establecidos en los fallos con responsabilidad fiscal tendrán prelación en procesos concursales y frente a otras acreencias, dado que anteriormente estas deudas se consideraban un pasivo ordinario de la Nación; al tiempo que se le agregó la función de dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal, por cuanto en palabras de la Contraloría General de la República, 2019, existen 65 Contralorías en todo el país con diferentes manuales o guías para realizar el proceso auditor generando divergencias e incertidumbre, razón por la cual el sistema de control fiscal unificaría en un solo Código los procesos misionales para garantizar una misma línea de decisiones. Acorde con lo establecido en el artículo 267 de la constitución se le adicionó la función de advertencia a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos para que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda el riesgo de pérdida de recursos; así mismo, podrá el Contralor imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes no suministren información, impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, e incluso a los representantes de las entidades que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.

Otra importante reforma consiste en que se fortaleció el presupuesto de la Contraloría General de la República durante las siguientes tres vigencias en 250.000, 250.000 Y 136.000 millones de pesos y en un término no superior a un año se reglamentará el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que

aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, generando autonomía e independencia de las contralorías territoriales frente a los entes territoriales de los que depende su presupuesto.

Anteriormente, sólo las labores adelantadas en indagaciones preliminares tenían valor probatorio ante fiscalía o juez competente, ahora con la reforma los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal, adelantados por las Contralorías tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente.

Finalmente, el período de los siguientes Contralores Territoriales sólo será por dos años, con el fin que el siguiente período después del 2022 sea de cuatro años sin coincidir con el periodo de Gobernador o Alcalde para que su elección no sea influida en la votación.

Se espera que con la iniciativa del Contralor General de la República ahora materializada con la reforma a la constitución de los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 se presenten mejoras sustanciales al control fiscal en Colombia con los resultados de prevención para realizar una gestión fiscal adecuada y acorde a los fines constitucionales y legales.

### **1.1.2.1 Desarrollo histórico de la Gestión fiscal en Colombia**

La vigilancia de la gestión fiscal a través del control fiscal se establece originariamente en el año de 1968, con la reforma a la Constitución Política de 1886 contenida en el Acto Legislativo No. 01 de ese año. El artículo 7º que reformaba el artículo 59 establece la vigilancia de la gestión fiscal como una función propia de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Departamentales y Municipales.

La creación de la Contraloría General de la República como ente de control se remonta a las recomendaciones dadas por la Misión Kemmerer que exhortaba al Estado Colombiano a la

adopción de un sistema de vigilancia del fisco uniforme y de acuerdo a los nuevos retos que suponía la independencia con el vecino Estado de Panamá y la incursión en la economía de empresas internacionales como la United Fruit Company y la Tropical Oil Company (Mira, Meza, Vega, 2001 p. 6)

En el año 1923 fue promulgada la ley 42 “sobre la reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”, representado por el Contralor General de la República y el Auditor General de la República, con las siguientes competencias en materia de control fiscal:

“El Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación, en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o favor de la República, derivados de la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional, y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas. Lo dispuesto en este artículo no obsta para que los empleados administrativos puedan exigir a sus subalternos los informes y cuentas que a bien tengan y para hacerles las observaciones que estimen conducentes al buen servicio” (ley 42 de 1923. Art. 6)

Posteriormente en 1932 el Estado promulga el Decreto, con el que se reforme el Departamento de Contraloría, encargado de realizar la contabilidad nacional y de ejercer el control fiscal sobre las finanzas del Estado (Decreto 911 de 1932. Art. 1)

Con la ley 58 de 1946, las competencias del Departamento de Contraloría se amplían a la gestión fiscal que realizaban los contratistas o agentes del Gobierno cuyas funciones estuvieran relacionados con el recaudo, pago o custodia de los fondos o bienes de la Nación (Ley 58 de 1946. Art. 1).

De esta manera, con la reforma del año de 1945 a la Constitución Política de 1886, se reitera dentro del mismo texto constitucional la autonomía funcional de la Contraloría General de la República frente a las funciones administrativas de otros departamentos, a saber:

**Artículo 93.** El artículo 209 de la Constitución quedará así:

#### ARTÍCULO 209

La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República.

La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.

El Contralor General de la República será elegido por la Cámara de Representantes para periodos de dos años (Acto Legislativo 01 de 1945. Art. 93)

Para el año de 1959, se expide la ley 151 “sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados”. Con esta legislación se otorga competencia a la Contraloría General de la República para realizar la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y establecimientos públicos descentralizados, que administraban recursos del Estado provenientes de impuestos, tasas o contribuciones especiales (ley 151 de 1959. Art. 2).

Así, la separación de las funciones de la Contraloría de las funciones administrativas de otros departamentos administrativos, le daba la autonomía necesaria para ejercer un control fiscal sobre las finanzas del Estado e iniciar las investigaciones del caso cuando se presentará un uso inadecuado de los bienes pertenecientes a dichas finanzas. Antes de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la gestión fiscal se desarrollaba mediante un “control previo y perceptivo” orientado a la cuantificación de los perjuicios fiscales más no a su resarcimiento (Mira, Meza, Vega, 2001, p. 138). Fruto de ello se presentó lo que Mazo (2007) describe como una coadministración de la Contraloría General de la República y las entidades sobre las que ésta ejercía control fiscal. Al respecto este autor haciendo referencia al “Informe de Ponencia de Control Fiscal”, indica lo siguiente:

“El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del contralor y se ha prestado, también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptela” (Mazo, 2007, p. 28)

Las falencias mencionadas anteriormente por Mazo (2007), fueron subsanadas por el constituyente cuando estableció que el control fiscal debía ser realizado de manera posterior y selectiva, en el ámbito financiero, de gestión y de resultados (Rodríguez, Botero, 2009, p.33) tal como se expone en la Constitución Política de 1991. Art. 267, y siendo desarrollado posteriormente por el legislador en la ley 42 de 1993 “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. En ella se considera el control fiscal posterior en los siguientes términos:

(...) se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal (...)  
(Ley 42 de 1993. Art. 5)

El control fiscal se asienta entonces en dos elementos esenciales: la gestión fiscal que ejerce quien tiene la calidad de ser gestor fiscal, y la naturaleza administrativa de la gestión fiscal (Corte Constitucional. C – 529 de 1993). La finalidad de ejercer este control fiscal es la protección de la ejecución adecuada de los recursos del Estado, es decir de la gestión fiscal que ejercen los funcionarios públicos habilitados para ello.

En ese sentido, la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales y Municipales vigilan que los dineros públicos sean administrados conforme a los presupuestos legales y constitucionales, así como también que de su administración se generen los resultados esperados. En esa medida el control fiscal, abarca actividades tanto de vigilancia en la ejecución

de funciones de la gestión fiscal como el resultado de éstas. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

(...) Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado y de los particulares incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión de resultados fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal forma que el control fiscal de la Contraloría (numérico – legal) cambia ahora su énfasis para concentrarse en un control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa del Estado y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Así pues, la finalidad del control fiscal apunta a la protección del patrimonio de la Nación y a ofrecer claridad y transparencia por la correcta utilización legal de los recursos públicos, tanto de la administración como de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación (Corte Constitucional. Sentencia C – 167 de 1995)

Como bien lo señala la Corte Constitucional el enfoque actual del control fiscal es de mayor alcance, ya que no sólo se remite a la evaluación de la correcta gestión sino de elementos como los resultados que con ello se obtiene, los costo-beneficios que existen de la destinación de los mismos entre otros elementos, que pasarán a explicarse a continuación.

### **1.1.2.2 Principios y sistemas de control fiscal en Colombia**

De acuerdo con lo indicado en el artículo 267 constitucional, y en el artículo 8° de la ley 42 de 1993, el ejercicio del control fiscal se encuentra orientado por los principios de “eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales” y con la expedición del Acto Legislativo No. 004 del 18 de septiembre de 2019 se adicionó el principio de “desarrollo sostenible”, todos ellos contribuyen a que la gestión de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales vean reflejada su misión en procura de la maximización de resultados en el adecuado uso de los recursos públicos y el impacto de la gestión pública y privada en materia ambiental.

Ahora bien, la forma como se aplican los principios del control fiscal se traducen en los sistemas fiscales. Estos sistemas son los siguientes:

- **Sistema de control de gestión.** Busca dar una aplicación a los principios de eficiencia y eficacia en la ejecución y administración de los recursos de cada entidad del Estado.
- **Sistema de control de resultados.** Se traduce en la evaluación del cumplimiento de los objetivos trazados por las entidades del Estado, en una vigencia determinada de acuerdo con la asignación de recursos de la misma. Con ello se busca determinar que cada entidad ejecute el presupuesto que se le asigna conforme a la proyección que ésta misma realiza (Vásquez, 2000, p. 131)
- **Sistema de control financiero.** Este control implica una verificación de las operaciones y registros que realizan los gestores fiscales, en cada una de las etapas de ejecución presupuestal de las entidades, a fin de determinar si existe o no una correcta aplicación de los mismos y si este corresponde con todas las transacciones financieras de la entidad (Vásquez, 2000, p. 115)
- **Sistema de control de legalidad.** Este tipo de control, es una forma de concreción del principio de legalidad establecido en el artículo 6º constitucional, en la medida en que no puede hablarse de un incumplimiento en la correcta administración de los recursos del Estado, sino están claramente señaladas las obligaciones que deben cumplirse o la forma como debe realizarse la gestión fiscal por quien tiene la competencia y facultad para ello. (Vásquez, 2000, p. 141)
- **Sistema de revisión de cuenta.** La función que cumple este sistema de revisión de cuentas es la de verificar la veracidad de los documentos que soportan las actividades financieras de las entidades públicas que involucran dineros públicos, la legalidad de las mismas como medio de prueba de la gestión adecuada de éstos, la congruencia de la información que reportan con el estado actual de las cuentas presentadas, entre otros elementos.
- **Evaluación del sistema de control interno.** A través de este existe una autoevaluación general de la gestión que realiza cada entidad, con miras a determinar falencias que deban

ser mejoradas, considerándose un primer filtro para la verificación de la correcta gestión fiscal.

Ahora bien, cuando del ejercicio de algunos de estos sistemas de control se evidencia la existencia de alguna irregularidad que afecte la correcta gestión fiscal, se procede a realizar las respectivas investigaciones para determinar una posible responsabilidad fiscal como pasará a analizarse a continuación.

## **1.2 La responsabilidad fiscal en Colombia.**

### **1.2.1 El concepto de responsabilidad.**

Antes de entrar a dilucidar qué se entiende por la responsabilidad fiscal, es prudente determinar que se entiende por el concepto de responsabilidad. El origen del término de responsabilidad es ubicado por algunos tratadistas desde el ámbito del Derecho Civil. Uno de los precursores de ésta tradición civilista es Arturo Alessandri, quien discurre que el concepto de responsabilidad comprende la obligación, que tiene una persona de indemnizar el daño causado a otro sin justificación (Alessandri, 1981, p. 291). En ese mismo sentido la define Mazeaud (1960), quien señala que una persona puede ser hallada responsable cuando subsiste en ella la obligación de reparar a quien le causó el daño.

Así también lo consideran Planiol y Ripert (1936) quienes señalan que existe responsabilidad civil atribuible a una persona, cuando ésta tiene la obligación de reparar el daño sufrido a causa de su acción u omisión. Dentro del concepto de responsabilidad se encuentran dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica. Cuando se habla de *responsabilidad moral*, se hace referencia a eventos en los que una persona transgrede sin causa justa las normas éticas, morales y/o religiosas, aceptadas por una comunidad como propias y adecuadas para una convivencia social pacífica.

El resultado de este tipo de responsabilidad, afecta en mayor medida el ámbito interno de quien trasgrede este tipo de normas. En ese sentido, este tipo de responsabilidad si bien es cierto

tiene una connotación dañosa no se materializa en la realidad ni en la mayoría de los casos ocasiona un daño patrimonial que deba ser resarcido. En ese sentido lo entiende Martínez (1988) al señalar que, en este tipo de responsabilidad, los efectos dañosos son de carácter moral y pertenecen al fuero interno de quien sufre el daño, Asimismo, lo ratifica Alessandri (1981), al decir que la responsabilidad moral se deriva de la infracción de mandatos morales o espirituales, que ocasionan un daño a la conciencia del individuo. Al tener el daño, la connotación de subjetividad, la reparación de los daños morales escapa al alcance del Derecho (Alessandri, 1981)

Por su parte la *responsabilidad jurídica* es aquella que genera un resultado adverso y en consecuencia le impone un daño a un tercero. Irisarri (2000) al respecto señala que la responsabilidad jurídica se presenta de un lado, cuando un sujeto por su acción u omisión le genera un daño a un tercero y de otro cuando esa acción u omisión comprende una violación de lo señalado por el orden social y jurídico vigente. La diferencia primordial de la responsabilidad jurídica y de la responsabilidad moral es que en la jurídica el resultado si se exterioriza en el daño injustificado, causado a un tercero, que necesariamente implica una reparación por parte de quien lo perpetro (Irisarri, 2000, p. 14)

De la exteriorización del daño y de su resultado adverso a un particular, es de donde se deriva la necesidad de atención del Estado como supremo garante de los derechos, para que en materia de responsabilidad jurídica coadyuve con su acción jurisdiccional a que sea resarcido el daño ocasionado (Martínez, 1988). Dentro de la responsabilidad jurídica, existen diversos tipos como lo son: la penal, la civil, la disciplinaria, la fiscal, entre otras, que se ajustan a las ramas del Derecho Público y Privado, y que cuentan con un tratamiento jurídico tanto sustancial como procesal diverso. La que en primera instancia fue evaluada como responsabilidad en sentido estricto era la responsabilidad civil, principalmente porque fue una de las primeras clases de responsabilidad que se aplicaron en Colombia. En ese sentido lo considera González a saber:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencias de octubre 26 de 1986 y octubre 20 de 1998, tomó el artículo 2347 del Código Civil sobre responsabilidad indirecta que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarlo al campo de las personas jurídicas de derecho privado y público (...)

Se aceptó jurisprudencialmente la aplicabilidad de las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual a las personas jurídicas y privadas, imponiéndoles primero una responsabilidad indirecta con fundamento en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, posteriormente se funda la responsabilidad directa aplicando lo dispuesto en el artículo 2841 del Código Civil y luego se crea la responsabilidad por falla del servicio de las personas de derecho público con la tesis organicista, en relación con las clases de personas morales, públicas y privadas (González, 2012, p. 154)

En el año de 1991, el constituyente consideró necesario incluir una premisa o fórmula general que permitiera atribuir responsabilidad al Estado, cuando con su acción u omisión se causaban perjuicios a un tercero. Ello fue consagrado en el artículo 90 constitucional que señala que el Estado es responsable patrimonialmente cuando por la acción u omisión de alguna de sus entidades públicas, generan un daño a un tercero. Además de ello califica el daño como antijurídico. La antijuridicidad del daño, se cimienta en un elemento, que corresponde a que el tercero que se ve afectado por la acción u omisión de la entidad estatal no está obligado a soportarlo y por tanto es contrario a sus derechos. Nader lo explica de una manera más clara:

Dicha noción de daño antijurídico delimita conceptualmente este como la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación jurídica de soportar. Se requiere además de lo anterior para que se configure la responsabilidad por daño antijurídico la existencia de dos condiciones: la existencia de un daño antijurídico y que dicho daño sea imputable a una persona de Derecho Público (...) (Nader, 2010, p. 63)

De esta fórmula constitucional, se deriva la posibilidad de que el Estado también sea víctima de un daño por parte de sus propios funcionarios, razón por la cual, éste se encuentra en la obligación de tomar acciones legales, a fin de que sea devuelto al erario el dinero que el Estado debió pagar a título de indemnización a causa de su acción u omisión, bien sea dolosa o culposa (Díaz, 2014, p. 30). Una de las derivaciones de este tipo de responsabilidad emanada de este inciso es la nueva concepción de responsabilidad fiscal, cuyo objetivo es el resarcimiento de la afectación del patrimonio público, cuando quien ejerce gestión fiscal incurre en una acción u omisión que lo ocasiona (Díaz, 2014, p. 34).

### **1.2.2 Presupuestos normativos y constitucionales de la responsabilidad fiscal.**

La responsabilidad fiscal encuentra su sustento constitucional en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política de 1991. El artículo 267 constitucional, contempla la figura del control fiscal como “(...) una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República” (Constitución Política de 1991, art. 267), la cual tiene como principal cometido realizar la gestión fiscal, mediante el ejercicio de un “(...) control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de los costos ambientales” (Constitución Política de 1991, art. 267 modificado por el Acto Legislativo 004/2019).

En el caso de la responsabilidad fiscal, la Contraloría General de la República, puede “(...) 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” (Constitución Política de 1991, art. 268, núm. 5 modificado por el Acto Legislativo 004/2019). Así mismo, en el ámbito departamental y municipal, se determina la existencia de las Contralorías Territoriales, tal como se desprende del artículo 272 *ibídem*, el cual contempla que “(...) los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 (...)”. Es así que la Corte Constitucional ha venido decantando su alcance y competencias diferenciando a las Contralorías Territoriales y a la Contraloría General de la República, como pasa a mostrarse:

“El artículo 272 de la Constitución Política establece la misión que se encomienda a las contralorías departamentales y a las municipales y distritales, en los casos en que ellas existan. Ese encargo se define como la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y, conforme a la regla ya indicada, la de los distritos y municipios. A su turno, esa función es definida o al menos descrita en el artículo 267 de la misma obra al determinar, previamente, el objeto principal de la Contraloría General de la República.

(...) De la conjunción de las anteriores disposiciones constitucionales resulta que, tratándose de bienes o recursos de propiedad de las entidades territoriales, la función de

control fiscal corresponde, en principio, a la contraloría departamental, o según el caso municipal o distrital, con competencia en el respectivo espacio territorial.

Sin embargo, es claro que esta misión puede también corresponder a la Contraloría General de la República siempre que, en desarrollo de la previsión contenida en el mencionado inciso 3° del artículo 267 superior, la ley le haya atribuido tal facultad frente a situaciones específicas, casos en los cuales esa competencia implica el desplazamiento de las normalmente asignadas a las contralorías de las entidades territoriales. Se trata entonces de una competencia concurrente, cuyo ejercicio se sujeta a lo establecido en las normas legales que regulen la materia” (Corte Constitucional Sentencia C-541 de 2011)

Como desarrollo legislativo de estos preceptos se encuentra la ley 610 de 2000 y su modificatoria a través de la ley 1474 de 2011, donde se regula la responsabilidad fiscal de los servidores públicos, así como también de los particulares, cuando estos en ejercicio de sus funciones como gestores fiscales, y con ocasión de las potestades que le dan para el efecto, de manera dolosa o culposa, causen un detrimento patrimonial al Estado. De acuerdo con Mazo, el daño patrimonial en el caso de la responsabilidad fiscal comprende lo siguiente:

“Se entiende por daño patrimonial al Estado, el hecho que lesiona el patrimonio público por el menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida, detrimento o indebido deterioro de los recursos públicos o de los intereses patrimoniales estatales, derivado de una gestión fiscal, antieconómica, ineficiente, ineficaz, inoportuna, inequitativa, que dentro de los parámetros generales no cumpla los propósitos y los fines esenciales del Estado” (Mazo, 2007, p. 139)

La mentada ley en su artículo primero define la responsabilidad fiscal como un proceso que se compone de

(...) “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 ésta, causen por

acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (Ley 610 de 2000, art. 1)

En el caso de las actuaciones culposas, la Corte Constitucional mediante sentencia C – 619 de 2002, indica que ésta debe comprender culpa grave para que proceda la responsabilidad fiscal. Ahora bien, la responsabilidad fiscal de acuerdo con el parágrafo primero del artículo 4 de la ley 610 de 2000, tiene completa autonomía frente a otro tipo de responsabilidades que le puedan ser atribuidas al servidor público, lo que significa que existe la posibilidad de una doble sanción por el hecho cometido (piénsese por ejemplo en un caso donde concurren la responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal), sin que se afecte el principio de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

La ley 610 de 2000 establece con mayor rigor el proceso y los elementos que componen la responsabilidad fiscal en Colombia. Para ello, aborda lo siguiente:

**Tabla No. 1 Análisis del contenido de la ley 610 de 2000**

<p><b>ELEMENTOS GENERALES</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Principios que orientan la acción fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y locales.</li> <li>• Definición de la gestión fiscal.</li> <li>• Objeto de la responsabilidad fiscal.</li> <li>• Elementos que componen la responsabilidad fiscal</li> <li>• Definición del daño patrimonial al Estado.</li> <li>• Acciones en el evento en que se presente pérdida, daño o deterioro de bienes.</li> <li>• Competencia y forma de iniciación del proceso de responsabilidad fiscal.</li> <li>• Términos de prescripción y caducidad.</li> </ul>
-----------------------------------	---

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funciones de la policía judicial en el proceso de responsabilidad fiscal.</li> <li>• Aplicación de medidas cautelares.</li> <li>• Forma de suspensión de términos</li> <li>• Grado de consulta.</li> </ul>
<b>ASPECTOS PROCESALES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Régimen probatorio.</li> <li>• Procedencia de impedimentos y recusaciones.</li> <li>• Régimen de nulidades.</li> <li>• Etapas procesales.</li> <li>• Concreción del derecho a la defensa del gestor fiscal investigado.</li> </ul>
<b>CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El mérito ejecutivo del fallo con responsabilidad fiscal.</li> <li>• Reporte de responsables fiscales.</li> <li>• Procedencia de la impugnación ante la jurisdicción contenciosa – administrativa del acto de terminación del proceso de responsabilidad fiscal.</li> </ul>
<b>DISPOSICIONES FINALES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedencia del control fiscal excepcional.</li> <li>• Procedencia de la delegación por los contralores a dependencias en la entidad.</li> <li>• Procedencia de la constitución de parte civil en los procesos penales que se adelanten por delitos contra bienes del Estado.</li> </ul>

**Fuente:** Elaboración propia con base en la información consultada en la ley 610 de 2000.

Esta nueva normatividad incluye elementos que no habían sido tenidos en cuenta por el legislador en la ley 42 de 1993. Dentro de estos se destacan la modalidad con la que se presenta

la conducta que da origen a la responsabilidad fiscal, esto es si se realizó de manera dolosa o culposa y la introducción de nuevos elementos garantistas del debido proceso de quien se investiga.

### **1.2.3 Sujetos de la responsabilidad fiscal.**

El sujeto de la responsabilidad fiscal es el gestor fiscal. En ese sentido, la responsabilidad fiscal sólo es procedente, cuando el sujeto activo del hecho ejerce actividades propias de la gestión fiscal en los términos señalados en líneas anteriores<sup>1</sup>. Así lo indica la Corte Constitucional al señalar 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. Advirtiéndose que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que, hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma o y condiciones prescritos por la ley” (Corte Constitucional, C – 840 de 2001)

Ahora bien, no debe confundirse el sujeto del control fiscal con el sujeto de la responsabilidad fiscal. Cuando se habla del sujeto del control fiscal, se está haciendo referencia a las entidades sobre las que la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales pueden ejercer su vigilancia y control. Estas se encuentran determinadas en el artículo 2º de la ley 42 de 1993, a saber:

“Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa, judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y

---

<sup>1</sup> Véase el acápite de la gestión fiscal.

comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en los relacionado con éstos y el Banco de la República” (ley 42 de 1993. Art. 2)

Cuando se habla del sujeto de la responsabilidad fiscal, se hace referencia a los servidores públicos<sup>2</sup> que tienen la calidad de ser gestores fiscales, en los términos indicados en el acápite de gestión fiscal, y que dentro de sus funciones se establezca el manejo, recaudo, ejecución o custodia de bienes del Estado. Al respecto Sánchez indica lo siguiente:

Necesariamente se deriva la responsabilidad fiscal del ejercicio de una gestión fiscal. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5° del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición (Sánchez, 2007, p. 84)

En atención a lo anterior, si un servidor público o un particular no tiene la calidad de ser un gestor fiscal, y en ejercicio de sus funciones y actividades, ya sea por acción u omisión, le genera a una entidad del Estado un detrimento patrimonial, no se podría hablar de una responsabilidad fiscal, por no referirse a la acción o la omisión según sea el caso, sobre recursos públicos del Estado, que se encontraren en administración de éste. En ese caso habría que acudir a otro tipo de responsabilidad. Aun cuando el Estado como entidad afectada tiene el derecho a que le sean indemnizados los daños causados, no puede acudir a la responsabilidad fiscal, debiendo evaluar otras opciones de procedencia, como lo podría ser la responsabilidad enunciada en el artículo 90 constitucional. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

(...) “Para una mayor ilustración conviene registrar – dentro de un horizonte mucho más amplio – que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en

---

<sup>2</sup> Entiéndase por servidores públicos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios” (Constitución Política de 1991. Art. 123)

la arena de la gestión fiscal como por fuera de ella. Así, por ejemplo, el daño estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitraria provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por otras tantas causas que no siempre se encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente, además que, para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.

Cosa distinta es que, en cada caso, habida consideración de los bienes jurídicamente protegidos, de las competencias o capacidades de los servidores públicos y particulares, de la presencia de una gestión fiscal irregular y, de otras tantas variables, se ponga en escena la pregunta sobre el juez natural o autoridad competente para conocer de un asunto que comprometa el patrimonio público” (...) (Corte Constitucional. Sentencia C – 840 de 2001)

Ahora bien, las entidades estatales en sí no son consideradas como gestores fiscales. Por el contrario, son consideradas como la víctima del detrimento patrimonial, siendo el victimario alguno de sus funcionarios o un particular con el que hubiere contratado la administración con parte de sus recursos. Frente a la gestión fiscal existen excepciones, en especial las relacionadas con la contratación estatal, en lo que respecta al manejo de anticipos. Al respecto Díaz, señala lo siguiente:

“Ciertamente los contratistas ejercen gestión fiscal respecto de los anticipos que reciben, pues la titularidad de estos recursos continúa siendo de la entidad pública contratante. En relación con los demás aspectos y pagos del contrato, los contratistas no son gestores fiscales por cuanto los pagos que reciben pierden su carácter de recursos públicos y se traducen en ingresos propios del contratista. De lo dicho se exceptúan los contratos cuyo objeto es administrar recursos públicos, caso en el cual la gestión fiscal se refiere a todos los recursos (por ejemplo, un contrato de fiducia pública)” (Díaz, 2014, p. 174)

Respecto de esta excepción Amaya también se ha pronunciado sentando el precedente de que el contratista por regla general no puede ser objeto de responsabilidad fiscal, a saber:

(...) “Lo anterior significa – según constante reiteración – que el particular contratista no puede ser sujeto de responsabilidad fiscal, así haya causado un daño al patrimonio público por la inejecución del contrato, o la apropiación indebida de recursos, v.gr., si no está ejerciendo obligaciones contractuales propias de la gestión fiscal: esto es, que el objeto del contrato sea precisamente el de administrar recursos o patrimonio público, caso en el cual sí es titular de gestión fiscal (función pública), y por lo tanto de una eventual responsabilidad de esta naturaleza” (Amaya, 2002, p. 247)

Ahora bien, en el caso de las aseguradoras, la pregunta que cabría realizarse es si estos ¿pueden tener la calidad de gestores fiscales? Frente a ello, se puede responder que las aseguradoras no tienen la calidad de gestores fiscales, ya que los contratos de responsabilidad que contemplan el amparo de este tipo de riesgos, se limitan solamente a asegurar un posible riesgo de pérdida de estos, más su alcance no se remite a la administración de los mismos. Ello por supuesto no quiere decir, que la aseguradora en caso de un proceso de responsabilidad fiscal no deba acudir al proceso cuando se hubiere contratado con éste una póliza que ampare el detrimento patrimonial de los gestores fiscales. De ahí que el mismo legislador lo califique como *un tercero civilmente responsable* en posición de garante y no como el sujeto activo que comete la infracción a sus funciones, como si sucede con el gestor fiscal.

#### **1.2.4 Caracterización de la responsabilidad fiscal.**

La diferencia de la responsabilidad fiscal, con respecto de otro tipo de responsabilidades, se da principalmente por sus características específicas, dentro de las que se resaltan, el atender a ser patrimonial, autónoma, con sanciones pecuniarias, entre otras que serán analizadas a continuación.

### **1.2.4.1 Carácter patrimonial de la responsabilidad fiscal.**

La naturaleza de la responsabilidad fiscal, es la de ser patrimonial, lo que quiere decir que no tiene una vocación sancionatoria sino indemnizatoria. Su propósito es el resarcimiento de los daños patrimoniales que se causen al Estado, que se presentan con una indebida gestión fiscal. En ese sentido lo ha indicado la Corte Constitucional al señalar lo siguiente:

“La responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos – incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado”(Corte Constitucional, sentencia c – 619 de 2002)

Ahora si bien es cierto que el proceso que adelantan las Contralorías según su ámbito de acción es de carácter administrativo, su finalidad y naturaleza es la de ser indemnizatoria. Esta naturaleza indemnizatoria, es lo que permite que los riesgos que se derivan de una indebida gestión fiscal, puedan ser de carácter asegurables, por su contenido netamente económico, a través de los denominados seguros de responsabilidad. Ello fue autorizado por la ley 998 de 2005, que indica en su artículo 53 inciso tercero que las entidades del Estado:

“También podrán contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal y fiscal en que deban incurrir” (...) (Ley 998 de 2005, art. 53), en tal virtud, las entidades estatales se blindan ante cualquier conducta dolosa o gravemente culposa cometida por sus agentes en cumplimiento de la gestión fiscal que le fuese encomendada, de tal suerte que no desembolsaran sus recursos lesionando los intereses del Estado, siempre que el valor asegurado no se haya agotado.

#### **1.2.4.2 Es de carácter netamente resarcitoria.**

Como se señala en líneas anteriores, la responsabilidad fiscal al ser patrimonial, tiene una vocación resarcitoria. Ello excluye de su naturaleza, un carácter sancionatorio o penal, sin que ello signifique que no es posible que el hecho que da lugar a la responsabilidad fiscal, no acarree también sanciones de orden penal o disciplinaria. De ahí que, que puedan concurrir varias investigaciones y sanciones por el mismo hecho, desde otras ópticas de la responsabilidad, sin que exista una afectación del principio del non bis in ídem. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Conforme con su finalidad, la prohibición del doble enjuiciamiento, tal y como ocurre con los demás derechos no tiene un carácter absoluto. En ese sentido, su aplicación no excluye la posibilidad de que en un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada, vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades. Así entendido, el principio non bis in ídem no impide que ‘una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria’. Desde este punto de vista, el citado principio solo se hace exigible cuando, dentro de una misma área del derecho, y mediante dos o más procesos, se pretende juzgar y sancionar repetidamente un mismo comportamiento” (Corte Constitucional. Sentencia C – 434 de 2013)

Ahora bien, el carácter de ser resarcitoria, se deriva de que su elemento constitutivo se refleja en la ocurrencia de un daño tangible y económico que afecta el erario. En razón a ello, la responsabilidad fiscal se caracteriza por no ser acorde con postulados punitivos a quien realiza una indebida gestión fiscal, ni muchos menos de carácter disciplinario. Esta especificidad de la responsabilidad fiscal, hace que los presupuestos de la responsabilidad penal o sancionatoria no

sean aplicables en el caso de la responsabilidad fiscal. En ese mismo sentido lo señala el artículo 4 de la ley 610 de 2000, 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 (Ley 610 de 2000, art. 4)

Al ser la naturaleza de esta responsabilidad de carácter indemnizatoria, el mismo legislador prevé la posibilidad de que en caso de que el daño sea resarcido, el proceso de responsabilidad fiscal cese. En ese sentido lo señala la ley 610 de 2000 que en su artículo 16, indica que:

(...) En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal, o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (...) (Ley 610 de 2000, art. 16). Ahora, tal como se decanta del contenido de la norma, al concurrir una de las causales antes señaladas, se puede prever el archivo del proceso y no proceder a la formulación de la imputación de responsabilidad fiscal cuando se resarce el daño totalmente, pues los recursos provenientes de una gestión fiscal ineficiente reingresan al presupuesto de la entidad.

#### **1.2.4.3 La responsabilidad tiene un carácter autónomo e independiente**

El párrafo primero del artículo 4º de la ley 610 de 2000, dispone como una de las características de la responsabilidad fiscal, la de ser “autónoma e independiente y se entiende sin

perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad” (Ley 610 de 2000, art. 4). De esta característica se deriva la especialidad de la responsabilidad fiscal, que significa que atiende a postulados normativos y sustanciales propios, sin que exista ningún tipo de jerarquía o subordinación de este tipo de responsabilidad con respecto a las de carácter sancionatoria o penal (Corte Constitucional. Sentencia C – 434 de 2013)

Ahora bien, a pesar de la autonomía que tiene la responsabilidad fiscal, los actos administrativos que se generen dentro de sus procesos, se encuentran sujetos al control jurisdiccional de la jurisdicción de lo contencioso – administrativa. Ello se deriva principalmente de que el proceso de responsabilidad fiscal, al ser llevado a cabo por la Contraloría, tiene el carácter de ser administrativo y no judicial (Díaz 2014). Al respecto, señala que “(...) la responsabilidad fiscal en últimas, se encuentra sujeta al Juez administrativo, quien determinará el alcance de la misma y compatibilizará con las demás clases de responsabilidad, sobre todo para evitar fallos de carácter contradictorio respecto de los mismos hechos” (p. 169).

Puede suceder que la Contraloría encuentre responsable fiscalmente a un contratista, por el incumplimiento de su contrato, procediendo entonces a vincular a quien le aseguró al proceso para que responda por el daño causado; y el juez de lo contencioso administrativo halle que el incumplimiento no puede ser imputable al contratista por no ser gestor fiscal, entre otras razones, y proceda a revocar el fallo declarando la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho del usuario de la justicia, como en efecto sucedió en un fallo expedido por el Consejo de Estado cuando aseveró:

“Según la prueba documental allegada al expediente, lo que se observa es que el ente de control demandado fundamentó la responsabilidad fiscal en cabeza de la actora, teniendo como justificación las mismas irregularidades que sirvieron a su vez de apoyo para que el IDEA declarara el incumplimiento y la caducidad del contrato. En suma, la responsabilidad fiscal la fincó en el incumplimiento contractual”.

“De allí que podría afirmarse que en el sub lite, se confundió la responsabilidad fiscal que procura el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como

consecuencia de la conducta dolosa o culposa causada por una persona jurídica pública o privada que ejerció “gestión fiscal”, como quiera que lo que aconteció fue un incumplimiento contractual por parte de la contratista BAAN COLOMBIA Ltda., supuesto hipotético que no obstaba para que se diera lugar a la compensación por los perjuicios causados a la contratante, haciendo efectivas las pólizas de Seguros del Estado N° 97332406 y 97332405. Afianza la tesis de que en el sub judice se estaba ante el incumplimiento de un contrato y, que el perjuicio de la contratante IDEA se mitigaría haciendo efectivas las pólizas de seguros, partiendo del presupuesto según el cual la jurisprudencia de esta Sección ha dejado sentado que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal lo es a título de responsabilidad civil mas no fiscal, es decir, por razones inherentes al objeto contractual”. (Consejo de Estado. Sentencia del 12 de noviembre de 2015, C.P. María Elena Claudia Rojas Lasso)

En ese caso la decisión de la Contraloría pugnaría con la proferida por el juez de lo contencioso – administrativo. De ahí que el control jurisdiccional de la responsabilidad fiscal se haga necesario, a fin de que exista congruencia total frente a los mismos hechos, aun cuando la responsabilidad fiscal tenga el carácter de autónoma (Díaz, 2014).

#### **1.2.4.4 La responsabilidad fiscal es diferente de la responsabilidad que pueda tener el servidor público en la acción de repetición.**

De acuerdo con los presupuestos del artículo 90 constitucional, el servidor público también se encuentra sujeto a un régimen de responsabilidad por los hechos que este realice en virtud de sus funciones. En atención a su vinculación con las entidades del Estado y al ejercer actividades propias de la función pública quien es llamada a resarcir los daños que el servidor público ocasione en ejercicio de sus funciones es la entidad del Estado, teniendo esta la facultad de repetir contra el servidor, en el caso en que la actuación de éste se hubiere realizado con dolo o culpa grave (Constitución Política de 1991, art. 90).

Esta responsabilidad es diferente de la responsabilidad fiscal, ya que como se indicó en líneas anteriores, la responsabilidad fiscal se deriva del artículo 268 de la Constitución Política de 1991. La misma Corte Constitucional ha sido clara al explicar la diferencia de estos dos tipos de responsabilidades, a saber:

“Son diferentes las modalidades de responsabilidad a que hacen referencia los artículos 90 y 268 numeral 5 de la Constitución Política. En un caso se trata de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la acción de repetición en contra del agente que general el daño antijurídico, y en el otro de la responsabilidad que se deduce de la gestión fiscal. Por ello persiguen objetivos distintos, lo cual amerita hacer las correspondientes distinciones pues una es la responsabilidad patrimonial que corresponde al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y otra es la responsabilidad por el daño que se ha causado al patrimonio del Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Es decir, el Estado se ubica en posiciones diferentes en cada caso: en el primero, el Estado es el que responde patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la oportunidad para repetir contra el agente que éste haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño, y en el segundo, el patrimonio del Estado es el que resulta afectado en ejercicio de la gestión fiscal a cargo de servidores públicos o particulares” (Corte Constitucional, C – 309 de 2002)

Si bien es cierto, el origen de la responsabilidad extracontractual del Estado y la responsabilidad fiscal, se basa en los mismos presupuestos teóricos del hecho ilícito, el nexo de causalidad y el daño, sus efectos en cada caso son diferentes en atención a la tipología del daño y al bien jurídico que vulneran, que, para el caso de la responsabilidad fiscal, se corresponde con el patrimonio público en específico. En materia de seguros, una y otra responsabilidad es objeto de aseguramiento, con la salvedad de que los efectos son disimiles (Díaz, 2014, p. 51).

#### **1.2.4.5 La responsabilidad fiscal no es de carácter objetiva.**

La naturaleza de la responsabilidad fiscal no es de carácter objetivo. En otras palabras, en la responsabilidad fiscal se analizan los presupuestos de la responsabilidad (hecho, nexo causal y daño), desde una perspectiva de la intención, es decir del dolo o la culpa con la que se realiza la acción. Al igual que en la responsabilidad civil, se descarta entonces en el contexto de la responsabilidad fiscal el análisis de la responsabilidad objetiva (Santafé, 2012, p. 51).

#### **1.2.4.6 La responsabilidad fiscal tiene un procedimiento especial de carácter administrativo.**

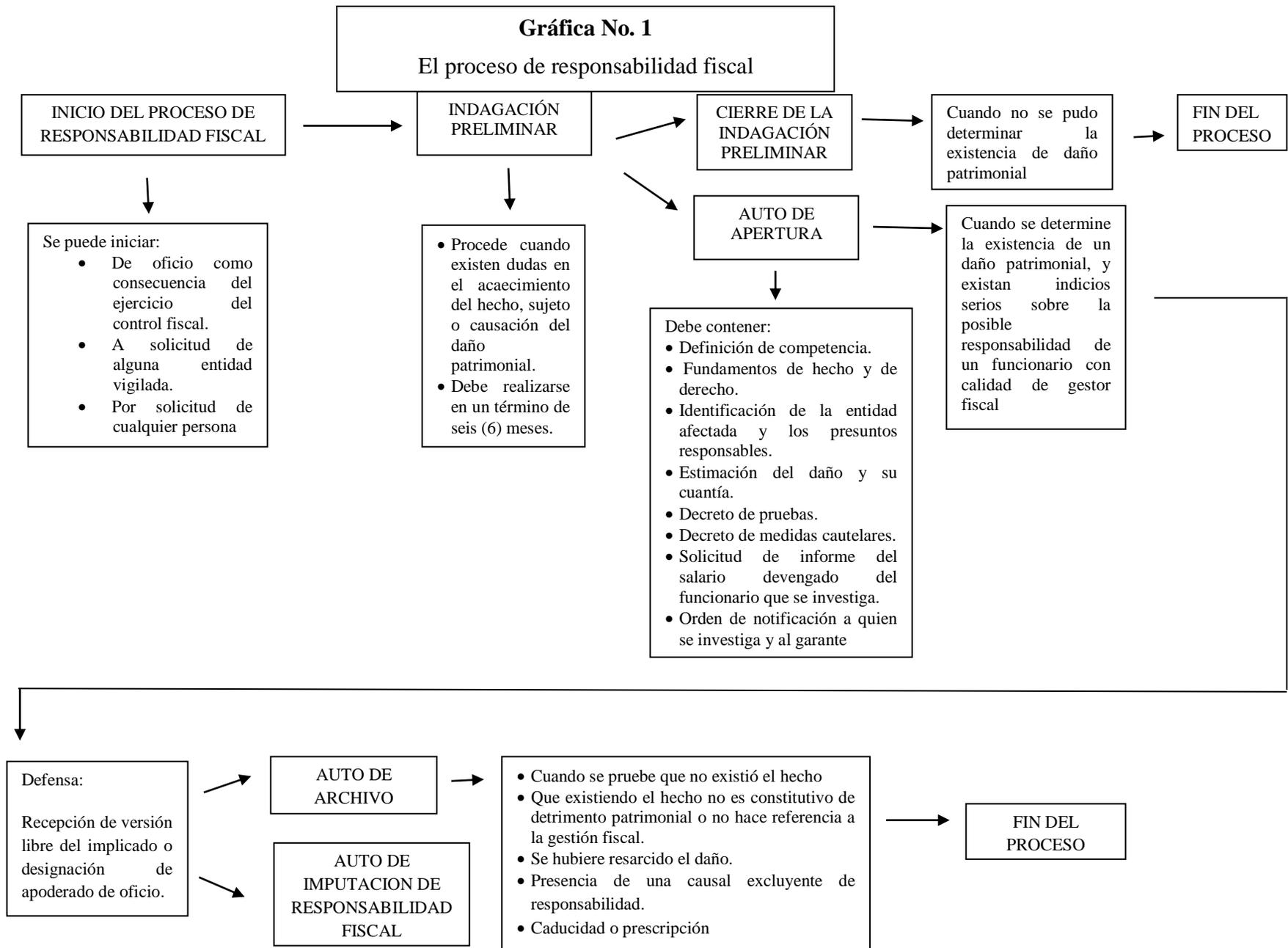
El proceso de responsabilidad fiscal es de carácter administrativo, y no de carácter judicial. Este a pesar de ser de carácter administrativo, cuenta con un procedimiento que se asemeja al proceso judicial, al igual que otros procesos administrativos como el disciplinario, a verbigracia. La naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal de ser administrativo y no judicial se encuentra relacionado con la competencia del órgano que lo realiza, es decir de la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales, instituidos como órganos de control, ajenos a la rama judicial del poder público. Sánchez al respecto señala que el proceso de responsabilidad fiscal “(...) está estructurado en forma muy similar a un proceso judicial, siguiendo con ello la tendencia de otros procedimientos administrativos especiales” (Sánchez, 2004, p. 136). Es por ello que la diferencia que tiene la responsabilidad fiscal con el proceso judicial es la naturaleza de quien lo conoce y gestiona.

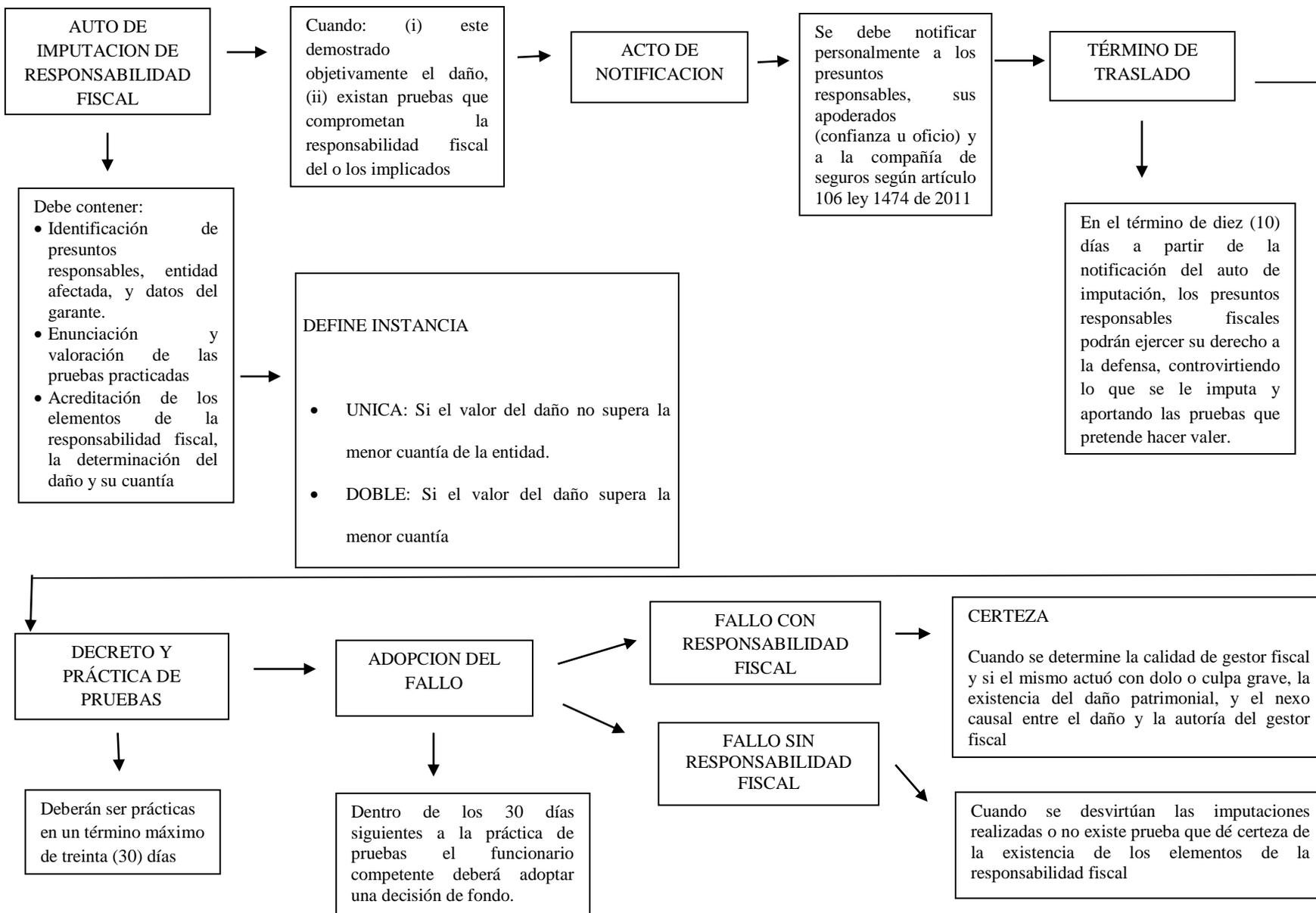
Al igual que en el ámbito judicial, el proceso de responsabilidad fiscal, termina con fallo que puede ser de carácter absolutorio – sin responsabilidad fiscal - o condenatorio –con responsabilidad fiscal-, según sea el caso. En el caso de que sea condenatorio, se determina que el servidor público o el particular son responsables fiscal y patrimonialmente por los daños ocasionados con su acción u omisión en su gestión fiscal. Seguido de la determinación de la responsabilidad fiscal, el fallo determinará la cuantificación del daño fiscal. Al respecto el artículo 53 de la ley 610 de 2000 señala lo siguiente:

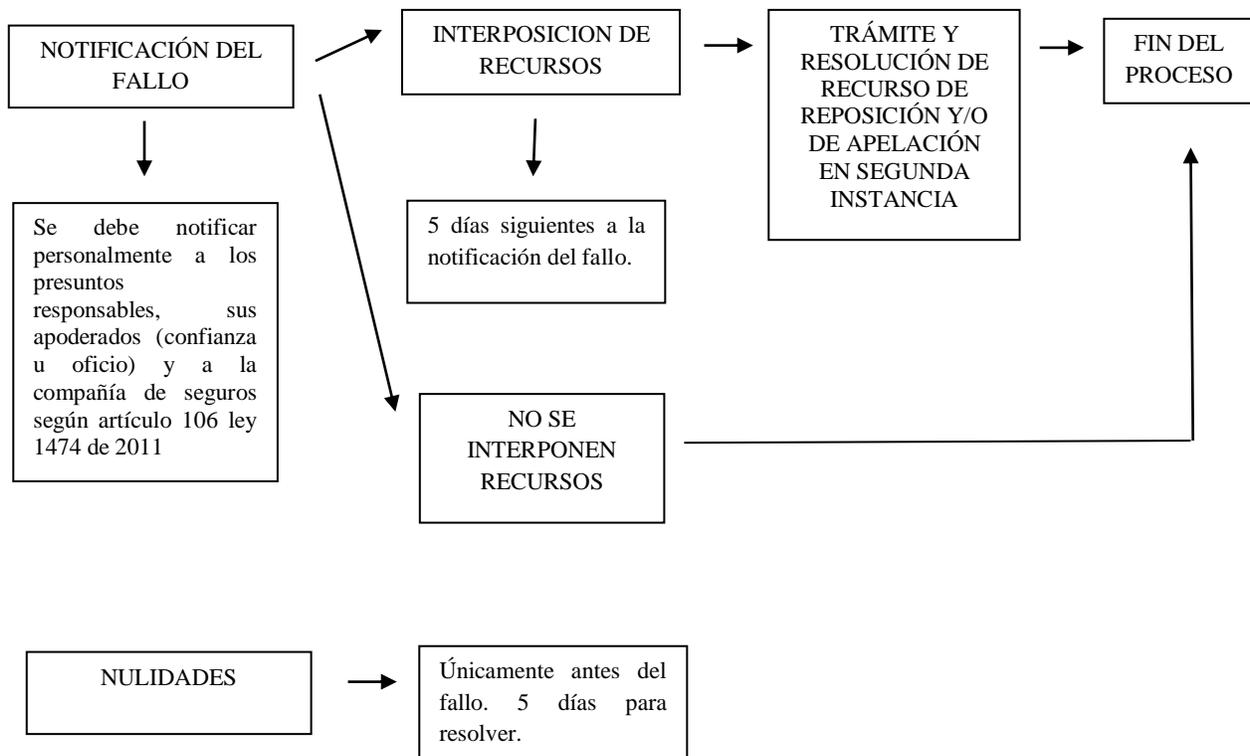
“El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes (Ley 610 de 2000, art. 53)

La naturaleza del fallo que profiere la Contraloría donde se determina la responsabilidad fiscal o cuando se falla sin responsabilidad, es la de ser un acto administrativo de obligatorio cumplimiento, resultado de un proceso administrativo. Como cualquier otro acto administrativo, el fallo que profiere el órgano de control, es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso – administrativa, mediante las acciones que para el efecto señala el Código Contencioso Administrativo (Ley 610 de 2000, art. 59)

A continuación, se mostrará al lector cual es el proceso actual de responsabilidad fiscal:







**Fuente:** Elaboración propia con base en la información consultada en la ley 610 de 2000.

Tal como se observa en el esquema, el proceso de responsabilidad fiscal es garantista del derecho de defensa y contradicción y del debido proceso, toda vez que en sus 4 grandes etapas: indagación preliminar, apertura, imputación y fallo se valora el material probatorio allegado permitiendo que los implicados interactúen en el proceso con miras a que se valore su gestión fiscal acorde con los elementos de la responsabilidad fiscal.

A la administración acuden sus administrados en busca de innumerables objetivos comunes o diversos, por tanto, debe revisarse si dichos individuos son sujetos del proceso de responsabilidad fiscal que a su vez cuenta con algunos elementos y características, que deben ser

analizados para entender cuando ésta es procedente y en qué términos. A continuación, se dispondrá a ello con mayor detalle.

#### **1.2.4.7 La vinculación de las aseguradoras es obligatoria en la responsabilidad fiscal.**

En el proceso de responsabilidad fiscal, la ley 610 de 2000 establece que la vinculación de las aseguradoras que han expedido pólizas de seguro con las entidades afectadas, sean vinculadas al proceso, en calidad de terceros civilmente responsables. Así lo indica el artículo 44 de la ley en comento al decir lo siguiente:

“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 el apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella” (Ley 610 de 2000, art. 44)

La calificación que realiza el legislador de la aseguradora como tercero civilmente responsable es inapropiada ya que no se puede derivar solidaridad en este contexto. Así lo señala Díaz al mencionar que

(...) “carece de rigor que la norma califique a la aseguradora de tercero civilmente responsable, pues, en realidad, la aseguradora no responde por los actos de los funcionarios o de los particulares que administran recursos públicos. La fuente de la obligación de la compañía proviene del contrato de seguro y no de la conducta impropia del responsable.

En consecuencia, se estará en presencia de dos obligaciones diferentes en su origen y alcance: la obligación de resarcimiento a cargo del responsable fiscal y la obligación del asegurado que nace y se delimita por el contrato de seguro, lo cual explica la imposibilidad de que exista solidaridad, ya que esta figura solo se predica de una sola obligación, la cual tiene dos deudores que responden por el todo” (...) (Díaz, 2014, p. 172)

Al respecto la Corte Constitucional ha mencionado que el propósito que tiene la vinculación del tercero civilmente responsable (asegurador), es la de que éste dentro del proceso de responsabilidad fiscal, pueda efectivamente resarcir los daños ocasionados por sus servidores o particulares, limitándose su actuación de reparar al riesgo que ésta hubiere amparado, a saber:

“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 (Corte Constitucional, C – 648 de 2002)

En razón a la interpretación que realiza la Corte Constitucional, se puede decir que el asegurador debe entrar a responder por la indemnización en el contexto de la responsabilidad fiscal, cuando se cumplan los siguientes dos elementos:

- Cuando efectivamente se hayan surtido los trámites procesales y finalmente se haya determinado la existencia de responsabilidad fiscal del servidor público o del particular,

y todos los atributos propios de la responsabilidad esto es: el hecho ilícito, el nexo causal, y el daño.

- Cuando se verifique efectivamente que este riesgo se encontraba amparado dentro de las pólizas contratadas, y con las condiciones que se establecieron al momento de contratar el seguro de responsabilidad.

### **1.2.5 Elementos que componen la responsabilidad fiscal.**

Al igual que los otros regímenes de responsabilidad, en la responsabilidad fiscal, se evalúan los tres elementos que componen la responsabilidad, los cuales son la gestión fiscal cometida con dolo o culpa, el daño y el nexo causal. Al respecto el artículo 5° de la ley 610 de 2000, señala lo siguiente:

**Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal.** La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores (Ley 610 de 2000, art. 5)

A continuación, se analizarán con más detalle estos elementos.

#### **1.2.5.1 Una conducta dolosa o culposa cometida por quien es gestor fiscal**

Inicialmente debe establecerse que la conducta dolosa o culposa, sólo puede ser acaecida por quien es gestor fiscal, siendo indispensable reunir esa condición como se vio en líneas anteriores<sup>3</sup>, para tal efecto, es preciso señalar que la ley 610 de 2000, en su articulado, inicialmente consideraba que podría presentarse responsabilidad fiscal en aquellas conductas que pudieran ser dolosas o culposas. En el caso de la culpa, esta legislación la amplió hasta la culpa

---

<sup>3</sup> Véase el acápite de la gestión fiscal.

leve (art. 4, 5, y 53), haciendo más estricta y con mayor alcance la órbita de la responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional en la búsqueda de la igualdad material entre la responsabilidad que se deriva del artículo 90 y la que se deriva del artículo 268, consideró que, en el caso de la culpa, para la responsabilidad fiscal, solo podía ser procedente la culpa grave (Corte Constitucional, C – 619 de 2002).

Esto viene a ser clarificado posteriormente por la ley 1474 de 2011, que en su artículo 118, señala lo siguiente: “**Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal.** El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave” (Ley 1474 de 2011, art. 118). A punto seguido de ésta disposición este mismo artículo clarifica tanto en dolo y culpa grave cuando se presumen estas.

Frente al dolo señala que este se presumirá en el evento en que el gestor fiscal “(...) por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o de una falta disciplinaria imputados a ese título” (Ley 1474 de 2011, art. 118).

Para el caso de la culpa grave, este artículo indica que esta se presume en tres grandes eventos: primero los que se refieren a la etapa precontractual, como sucede con los proyectos de pliegos confusos, ambiguos o incompletos que con una indebida interpretación se presten para confusiones que después produzcan daño a la entidad, así mismo cuando no se realice el respectivo estudio de mercado recibándose posteriormente ofertas por encima del valor del mercado; la segunda que tiene que ver con la etapa de ejecución del contrato, específicamente en el incumplimiento u omisión de las labores de interventor o supervisor; la tercera tendiente al no aseguramiento de los bienes de la entidad o que estando asegurados no se hagan efectivas las pólizas en caso de un siniestro y finalmente, en materia laboral cuando se reconocen prestaciones sociales, salarios o demás emolumentos que desconozcan los preceptos legales y constitucionales frente al ejercicio de la función pública y las relaciones laborales (ley 1474 de 2011. Art. 118). Sin embargo, estos no son los únicos casos de culpa grave aplicables en materia

de responsabilidad fiscal, como se verá más adelante al estudiar el artículo 63 del código civil colombiano.

Ahora bien, todo servidor público al tomar posesión de su cargo debe cumplir con unas obligaciones según la constitución política. En efecto el artículo 122 de la Constitución Política señala que: “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de defender la constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. Es decir que al momento de tomar juramento en la posesión, surge la responsabilidad.

Siguiendo el anterior análisis, el artículo 123 de la norma superior a su vez establece que los “servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”; en otras palabras, extiende la responsabilidad no sólo en el cumplimiento de la Constitución, sino además a la Ley y al reglamento.

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011, reiteró en su artículo 118, que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será de dolo o culpa grave, e indicó las *presunciones* a favor del ente de control, que consiste en dar por cierto un hecho o una situación sin que la misma esté probada, o sin obligar al órgano fiscal a que necesariamente le conste.

Es decir, el legislador pretendió que le correspondiera al investigado o imputado demostrar o probar en estos casos establecidos en el artículo 118 de la ley 1474 de 2011 que lo afirmado por el ente fiscal no corresponde a la realidad; en términos reales en estos casos, se invirtió la carga de la prueba y más adelante con la expedición de la ley 1564 de 2012 artículo 167 tomaría más peso la presunción del artículo 118 ibidem estableciéndose que es el investigado quien se encuentra en una situación más favorable para adjuntar sus evidencias esclareciendo los hechos objeto de reproche fiscal y estando en mejor posición para probar la defensa a su favor por su cercanía con el material probatorio o por tener en su poder el objeto de prueba entre otras circunstancias según las particularidades de las causales, situaciones que no

vulnerarían el derecho de defensa de los procesados, pues las presunciones legales admiten pruebas en contrario tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, al señalar que:

“(…)Las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia porque se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica empleada por el legislador, en ejercicio de la facultad de configuración de las instituciones procesales, con la finalidad de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad.

El que la ley permita probar en contrario lo que se deduce de una presunción o la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertas las circunstancias de que lo infiere la ley, obedece a que las presunciones se fundamentan en probabilidades que en su condición de tales no excluyen la posibilidad de error. Entonces, dada esa posibilidad de equivocación, es apenas natural que la deducción sea siempre desvirtuable por prueba en contrario (…)” (Corte Constitucional, C – 595 de 2010)

Ahora, el tratamiento que se le da a las presunciones en materia de responsabilidad fiscal consiste en que sin contar con la certeza absoluta para el órgano de control, se dé por cierto que el hecho esté probado sin que el Estado tenga la necesidad de probar, por tanto, dichas presunciones deben ser creíbles y razonables, y tienen como finalidad que esa carga de la prueba que tiene el Estado y que se traduce en una desigualdad en el proceso, se invierta a favor del mismo y ya sea el presunto responsable el encargado de demostrar lo contrario. (Díaz, 2013, p. 123)

Entonces, el legislador estableció seis conductas descritas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 en temas claramente determinados, pero en los demás casos los entes de control fiscal deben conservar la carga de la prueba respecto de la conducta dolosa o gravemente culposa con que pudo haber actuado el investigado al amparo de lo establecido en el artículo 63 del

Código Civil, siendo esta otra de las definiciones a las que con más frecuencia acuden el Consejo de Estado y las Contralorías, al señalar que:

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale a dolo” (Ley 57 de 1887, art. 63).

A pesar de este significativo avance, para el caso de la responsabilidad fiscal no existe una definición de lo que se considera como culpa grave. La ley 678 de 2001, que se refiere a la acción de repetición establecida en el artículo 90 constitucional, define la culpa grave como “(...) la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones” (Ley 678 de 2001).

Ahora bien, respecto de la valoración de la conducta, existen algunos criterios en la ley 610 de 2000, para evaluar cuando se está ante una responsabilidad fiscal que se refiere principalmente a la calidad del daño sufrido. Algunos autores como Díaz consideran que estos criterios lejos de ser objetivos, son desbordados en algunas ocasiones por las Contralorías, incluso desbordándose de las definiciones que existen de la culpa grave, en sus palabras:

“No obstante, en el terreno de la responsabilidad fiscal el artículo 6 de la ley 610 de 2000 enuncia una serie de criterios de valoración de la conducta, susceptibles de ser interpretados de manera muy amplia, los cuales no se limitan a la infracción de una norma y que en el fondo dejan a discreción de las Contralorías su evaluación, con un alto contenido de subjetividad. Su aplicación en muchos casos lamentablemente ha desbordado la noción de culpa grave,

(...) Se han registrado casos en los cuales la ausencia de criterios estrictos y objetivos de las Contralorías para calificar la conducta de los indagados, han dado lugar a imputaciones indiscriminadas a título de dolo o de culpa sin el análisis suficiente.

También se han presentado situaciones en que se modifica la calificación de dolo a culpa, en la búsqueda de que el detrimento sea asumido por una póliza (las pólizas cubren la culpa más no el dolo)” (Díaz, 2014, p. 177)

Ello demanda una mayor claridad por el legislador frente a elementos claros de determinación de la responsabilidad fiscal y de la evaluación de la conducta del gestor fiscal, en aras de no desconocer la interpretación que para el efecto ha realizado la Corte Constitucional.

### **1.2.5.2 El daño patrimonial**

La noción general de daño, de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, concierne al detrimento, pérdida o menoscabo que puedan afectar a una persona o comprometa su patrimonio, pues este se encuentra enteramente relacionado con el quebranto del derecho, esto es, con la consecuencia de la vulneración de una norma jurídica (antijuridicidad), y el hecho de que surja la responsabilidad de la persona. Por lo que se puede determinar la existencia del daño patrimonial, sea que recaiga directa o indirectamente sobre el patrimonio, como dos formas de daño. La primera, cuando el daño es atribuible a las cosas que componen ese patrimonio; y, la segunda, a las consecuencias que se originan al causarse un daño a una persona, en sus derechos o facultades. (Sánchez, 2007, p. 87)

De esta forma, el segundo elemento que compone la responsabilidad fiscal es el daño a los recursos públicos en cabeza del Estado que se ejecutan en la gestión fiscal. Estos recursos públicos hacen referencia a todos los ingresos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación y que sostienen el funcionamiento y cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional. Sentencia C – 566 de 2003).

El daño patrimonial en el caso de la responsabilidad fiscal, es definido por el artículo 6° de la ley 610 de 2000 como aquella “(...) lesión del patrimonio público representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado (...)” (Ley 610 de 2000, art. 6). Este elemento de la responsabilidad fiscal, para que pueda ser objeto de indemnización debe cumplir con las mismas condiciones del daño que se predica de la responsabilidad civil, esto es el de ser cierto, cuantificable y verificable. En ese mismo sentido lo indica la Corte Constitucional, al señalar que “(...) el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal (...) debe ser cierto” (Corte Constitucional, C – 840 de 2001), lo que en otras palabras se traduce en la necesidad de que este daño realmente se presente y que exista certidumbre de que fue a causa de la conducta inadecuada del gestor fiscal.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 53 de la ley 610 de 2000 y el artículo 101 de la ley 1474 de 2011, debe ser cuantificado por la Contraloría al momento de proferir el fallo que contemple la responsabilidad fiscal del sujeto activo de la conducta, revisando para tal efecto, los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes, hallando un índice inicial que sería el del mes del último hecho objeto de reproche fiscal y un índice final que concierne al del último mes conocido y certificado por el Dane al momento de expedir el fallo, representada en la siguiente formula:

$$VP = VH \times IF / II$$

Dónde: VP es igual a Valor Presente

*VH es Valor Histórico = Corresponde a la suma de dinero del último mes en que se acreditó el valor del daño*

IF es Índice Final, que corresponde al factor **del último IPC certificado y conocido por el DANE**

II es Índice Inicial, que corresponde al factor **del IPC del mes en que se acreditó el valor del daño**

Una vez hallado el resultado después de aplicar la fórmula señalada con antelación, el responsable fiscal debe girar a la Nación dichos recursos so pena del envío de la comunicación a la dependencia que deba conocer del proceso de Jurisdicción Coactiva, de conformidad con el Artículo 58 de la Ley 610 de 2000; así como como de la solicitud a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, incluir en el Boletín de Responsables Fiscales a la persona a quien se les falló con Responsabilidad Fiscal, dando cumplimiento con lo estipulado en el Artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y finalmente remitir copia del proveído a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el numeral 57 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 para la inclusión en el SIRI.

En consecuencia, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal solo procede cuando la conducta de una persona que tenga titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado, haya concurrido en la causación de un daño fiscal, sea que su intervención haya sido directa o manera de contribución. (Sánchez, 2007). Por lo tanto, cuando el responsable de un daño patrimonial no cuente con el poder jurídico para el manejo de bienes o fondos del Estado, pese al perjuicio ocasionado, el proceso correspondiente al resarcimiento de dicho menoscabo no será el proceso de responsabilidad fiscal, pues es de considerar como se expuso anteriormente, que dicha clase de responsabilidad en el proceso fiscal, solo puede ser pregonada sobre los servidores públicos y particulares que se encuentren jurídicamente habilitados para el ejercicio de la gestión fiscal, tal y como lo expone Sánchez “La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados” (Sánchez, 2007)

### **1.2.5.3 El nexo de causalidad**

El nexo de causalidad en la responsabilidad fiscal se encuentra implícito dentro del contenido del artículo 6º de la ley 610 de 2000, que señala que el daño “(...) podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho

privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público” (Ley 610 de 2000, art. 6).

Ahora bien, de lo contenido en esta investigación, se deriva que existan dos posibilidades de causalidad del daño. La primera es que el gestor fiscal directamente produzca el daño, y la segunda que el gestor fiscal contribuya a que éste se presente. En cualquiera de estas dos situaciones, el deber que tiene la Contraloría es el de determinar sin lugar a duda que esa omisión o acción, es la que efectivamente produce el daño patrimonial. De ahí que el nexo de causalidad se constituya en el lazo que le permite al ente investigador, imputar al gestor fiscal la responsabilidad, y que le conmina a evaluar que no se presenten ninguna causal de justificación que lo desvirtúe, como lo es la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero.

Es así que puede ser visto el nexo causal por un lente hermenéutico referido a la existencia de una causalidad jurídica que exige el papel personal y funcional del servidor público directamente relacionado con el hecho doloso o culposo, lo cual en palabras de Amaya implica que:

“entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida, y el daño producido debe existir una relación determinante y condicionante de causa – efecto, nexo cuya ruptura se produce cuando opera la llamada causa extraña, que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito, es decir, los imprevistos a que no es posible resistir” (Amaya, 2002, p. 204)

Entonces el hecho doloso o culposo provocado por quien ejerce actos de gestión fiscal fue tan agresivo que se convirtió en la causa directa y necesaria del daño, concretándose de esta manera el elemento final que enlaza y materializa la responsabilidad fiscal, la cual necesita de un garante que sea llamado como tercero civilmente responsable a salir en defensa de los intereses de la entidad, tal como se detallará en el capítulo siguiente.

## **CAPITULO II. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

En el presente capítulo se busca abordar el tema del seguro de responsabilidad en el proceso de responsabilidad fiscal y la vinculación de la aseguradora en calidad de garante dentro del trámite del mismo. El análisis se hará a partir del concepto de seguro de responsabilidad y su aplicabilidad en el caso de la responsabilidad fiscal, su alcance, naturaleza y funciones.

### **2.1 El seguro de responsabilidad.**

#### **2.1.1 Antecedentes del seguro de responsabilidad.**

El seguro de responsabilidad en Colombia tuvo sus inicios con escasos desarrollos que, inclusive, impedían su acepción jurídica. En los tiempos de la Colonia, el primer seguro que conocieron los habitantes de estas tierras fue el establecido por las autoridades de Barcelona, en 1421, contra la huida de los esclavos (Cobo, 1964, p. 11). Un siglo después, con la Recopilación de la Leyes de Indias y con las Ordenanzas de Bilbao se empezaron a consagrar los primeros principios de seguro marítimo, con base en la experiencia de los italianos. Sin embargo, fue sólo a finales del siglo XIX cuando se creó la primera Compañía de Seguros (Seguros Comerciales Bolívar S.A., 1986, p. 4).

Seguidamente, el 5 de diciembre de 1939, don Enrique Cortés, en asociación con otros familiares y amigos, y contando con un capital de ciento veinticinco mil pesos, creó Seguros Bolívar (Seguros Comerciales Bolívar S.A., 1986; p. 4). Posteriormente, el país vio nacer gran cantidad de sociedades dedicadas a la actividad aseguradora, muchas de las cuales existen hoy en día.

Respecto a la reglamentación del contrato de seguro de responsabilidad, sus inicios se remiten al Código de Comercio de Panamá de 1887, adoptado por Colombia de acuerdo con el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 57 de 1887, que en su artículo 634 definía el seguro en los siguientes términos:

“El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados (Código de Comercio de Panamá, art. 634)

El aseguramiento en el Código de Comercio de Panamá, se limitaba a objetos asegurados que estuvieran relacionados con el transporte de mercancías por vía terrestre o marítima (Código de Comercio de Panamá, art. 637). El caso fortuito era considerado como el elemento que daba lugar al siniestro y por ello era considerado como parte del riesgo asegurable. En ese sentido lo indica el artículo 635 de este Código: “Se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados” (Código de Comercio de Panamá, art. 636).

El desarrollo de la responsabilidad civil dentro del Código Civil de 1887, transformó la finalidad del seguro y amplió su cobertura a eventos diferentes a los riesgos que se presentaban en transportes marítimos o terrestres (Díaz, 2012, p. 6), como sucedía en los casos donde el hecho que generaba el daño se realizaba por fuera de estos supuestos.

En 1971, el Estado adopta el actual Código de Comercio, donde se regulan diferentes tipos de seguro: terrestres, marítimos y aéreos, e inclusive se extiende a la protección de eventos que dependen de la voluntad de la persona. Así mismo, se amplía el concepto de riesgo asegurable y se hace extensible a eventos de actos culposos y se limita la protección en los casos donde el acto que genera responsabilidad se produce con dolo o culpa grave, a saber:

**“Artículo 1054. Definición de riesgo.** Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo

la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

“**Artículo 1055. Riesgos Inasegurables.** El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo” (Decreto 410 de 1971. Art. 1054 y 1055).

El artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, define al seguro de responsabilidad en los siguientes términos:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurre de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.” (Díaz, J. M, 2012)

La responsabilidad civil también se incluye dentro de los seguros terrestres en los artículos 1127 a 1133, previendo eventos que no fueron tomados en cuenta en el Código de Comercio de Panamá<sup>4</sup>. En el año de 1990 mediante el Decreto - Ley 01 se introduce en el Código de Comercio una reforma respecto del contrato de seguro en materia de transporte,

---

<sup>4</sup> Las normas que se adoptan en estos artículos son igualmente aplicables para los seguros marítimos y aéreos por expresa remisión del Código de Comercio. Artículos 1765 y 1903

consistente en que la contratación de éste, puede realizarse tanto por el propietario de las mercancías como por quien lo transporta.

En ese mismo año, mediante la Ley 45 de 1990 se moderniza y regula la actividad asegurativa en Colombia, fijándose las condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora, los requisitos que debían cumplir las compañías de seguros y las pólizas que éstas proporcionaban, entre otras. Dentro del seguro de responsabilidad, se define la responsabilidad que tiene el asegurador respecto a éste y se amplía la cobertura a la culpa grave con las excepciones que describe el artículo 1055 del Código de Comercio es decir a los actos dolosos o que dependieran de la voluntad del asegurado, a saber:

**Artículo 84. Naturaleza del seguro de responsabilidad civil.** El artículo 1127 del Código de Comercio quedará así:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055” (Ley 45 de 1990. Art. 84)

Otra de las modificaciones que introduce esta Ley en el Código de Comercio es la posibilidad de que la víctima ejerza una acción directa contra el asegurador para efectos de que se le reconozca su respectiva indemnización (Ley 45 de 1990. Art. 87). Frente a la prescripción de la acción contra la aseguradora, se aclara desde qué momento comienza a correr dicho término, tanto para el asegurado como para la víctima, a saber:

**Artículo 86. Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil.** El artículo 1131 del Código de Comercio quedará así:

“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá

la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial” (Ley 45 de 1990. Art. 86)

Por su parte, la ley 389 de 1997, introduce nuevas modificaciones al Código de Comercio. La primera de ellas comprende la definición del seguro en los siguientes términos: “El seguro es un contrato consensual, bilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva” (Ley 389 de 1997. Art. 1). La redacción inicial del Código señalaba que el contrato de seguro era un contrato solemne, lo que implicaba que su perfeccionamiento dependía directamente de la suscripción del asegurador de la póliza. Con la reforma introducida se buscó modernizar la forma de perfeccionamiento de las pólizas de seguro para hacerlas más céleres y acordes con las nuevas dinámicas del mercado y con la necesidad de protección social de las víctimas afectadas. Al respecto la Corte Constitucional indica lo siguiente:

“La función social contractual cobra una fuerza inusitada en tratándose del contrato de seguro *lato sensu* y, muy en especial, del contrato de responsabilidad civil. En cuanto al primero, la doctrina ha señalado que el seguro es un contrato cuyo objeto último se encuentra en dar “respuesta a la necesidad de eliminar las consecuencias derivadas de la realización de un riesgo, cuya ocurrencia, aunque futura e incierta, por las repercusiones individuales y sociales que puede alcanzar, imponen la adopción de técnicas de previsión con las que puedan atender los eventos dañosos que en su caso puedan ocasionarse, cualquiera sea la fuente que los origina.

Esta previsión del riesgo se fundamenta en el propósito de cumplir con la función social consistente no sólo en proteger el patrimonio del asegurado o amparar a los beneficiarios del seguro por los daños que ocasionó la ocurrencia del hecho riesgoso cubierto (que ya es mucho), sino en proteger la confianza y la seguridad que reclama la economía de mercado y en general el desenvolvimiento de la vida social y económica del mundo contemporáneo (...) (Corte Constitucional. C – 409 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez)

Este es el desarrollo histórico del seguro de responsabilidad en Colombia, que pasó de un reconocimiento de protección de sólo objetos, a la ampliación de dicha protección a sucesos que se originan en acciones humanas de las que se derivan daños a terceros. Efectuadas estas precisiones a continuación se analizará la definición del seguro de responsabilidad.

### **2.1.2 Definición del seguro de responsabilidad.**

La definición general de seguro está dada por el artículo 1036 del Código de Comercio, que señala que el seguro es un contrato de carácter “consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva” (Código de Comercio. Art. 1036). Dentro del contrato de seguro existe una clasificación de acuerdo al interés asegurable. El artículo 1082 lo clasifica en:

- Seguros de daños o de personas
- Seguros reales o patrimoniales

En el caso de los seguros de daños y seguros de personas su interés asegurable recae sobre un objeto (daños) o sobre la integridad del tomador (personas). En el caso de los seguros reales o patrimoniales, el interés asegurable comprende la integridad patrimonial del asegurado y no bienes específicos (Díaz, 2012). Dentro de los seguros patrimoniales se encuentra catalogado el seguro de responsabilidad, establecido en el artículo 1127 reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990.

El objeto de este seguro recae sobre los perjuicios patrimoniales que se pudieron causar por la incursión en un tipo de responsabilidad prevista por la Ley a la víctima. Su propósito general es la indemnización de estos daños (Código de Comercio. Art. 1127). Al respecto Díaz (2012) señala que “con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación a indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima” (p. 9).

En síntesis, el seguro de responsabilidad no protege objetos ciertos sino el conjunto de estos que hacen parte del patrimonio del asegurado en favor de la víctima. En ese sentido se puede decir que la finalidad del seguro de responsabilidad comprende asegurar de un lado el cumplimiento de la indemnización del asegurado (quien es el que incurre en la responsabilidad) y por el otro que se reparen los daños ocasionados a la víctima. Es por ello que la Ley 45 de 1990 permite que la víctima se dirija directamente al asegurador para que le sean reparados los

perjuicios causados, sin necesidad de la aquiescencia del asegurado. Ello de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia es una doble forma de protección de eventos que surjan de la responsabilidad del asegurado, a saber:

Con la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, cuyo ratio legis, como ab – nitio se expuso, reside primordialmente en la defensa del interés de los damnificados con el hecho dañoso del asegurado, a la función primitivamente asignada al seguro de responsabilidad civil se aunó, delantera y directamente, la de resarcir a la víctima del hecho dañoso, objeto por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho a reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha presentación, e imponiendo correlativamente al asegurador la obligación de abonársela, al concretarse el riesgo previsto en el contrato – artículo 84, previsión con la cual se consagró una excepción al principio del efecto relativo de los contratos – res inter alios acta, que como se sabe, se traduce en que éstos no crean derechos u obligaciones a favor o a cargo de personas distintas de quienes concurrieron a su formación, o mejor, no perjudican ni aprovechan a terceros (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de febrero de 2005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar)

En ese mismo sentido lo consideran Picar y Besson (1982) citados por Díaz (2012), al señalar que “(...) si bien el seguro de responsabilidad, si bien cubre en principios el daño sufrido por el asegurado, es cada vez más un instrumento de protección de las víctimas, que toman así, en esta institución, un rol mayor (...)” (p. 11). En síntesis, se puede decir que el seguro de responsabilidad busca una protección de la víctima y un aseguramiento de la indemnización por parte del asegurado, quien traslada dicha responsabilidad al asegurador.

Esta dimensión de mayor amplitud adquirida por el seguro de responsabilidad, trasciende del ámbito meramente privado y mercantil, para apoderarse de un rol social que es determinante en materia de protección de la sociedad ante las conductas generadoras de responsabilidad.

### **2.1.3 El interés asegurable, la suma asegurada y el riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad.**

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio los elementos esenciales del contrato de seguro son los siguientes:

- 1) El interés asegurable.
- 2) El riesgo asegurable.
- 3) La prima o precio del seguro, y
- 4) La obligación condicional del asegurador (Código de Comercio. Art. 1045)

Cada uno de estos elementos permite que el contrato de seguro sea válido. De estos se destacan como los de mayor importancia el interés asegurable y el riesgo asegurable.

#### **2.1.3.1. Interés asegurable en el seguro de responsabilidad.**

De acuerdo con el artículo 1083 del Código de Comercio el interés asegurable es propio de la persona que busca proteger su patrimonio de posibles eventos que lo puedan afectar, siempre y cuando este sea lícito, a saber: “**Artículo 1083. Interés asegurable.** Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés, que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero” (Código de Comercio. Art. 1083).

Esta noción considera que un hombre tiene interés en una cosa cuando esta le puede reportar beneficios o acarrear prejuicios, razón por la cual desea protegerla, con el fin de salvaguardar su patrimonio, el cual se veía afectado si se realizan los riesgos a los cuales está

expuesta la cosa, pues ello le causaría un daño a la misma. De acuerdo con el concepto expuesto, no se requiere, necesaria y exclusivamente, que aquella sea propietaria de esta.

La norma citada, agrega como uno de los requisitos de este elemento esencial del contrato de seguro, los siguientes:

- Licitud.
- Se estima en dinero, o sea que no son asegurables los sentimientos, las ideas políticas o las inclinaciones religiosas, por ejemplo.

En ese sentido, el asegurado es el titular del interés asegurable y por ende la persona a quien se protege (Ossa, 1991, p. 9). Ahora bien, en el caso del seguro de responsabilidad el interés asegurable comprende el patrimonio del asegurado, que puede verse disminuido en el evento en que se presente un hecho del que se pueda derivar su responsabilidad, que origine la obligación de resarcir a un tercero afectado. Al respecto, Díaz (2012) indica que:

“Dado que el seguro de responsabilidad tiene por objeto, además de la protección a la víctima, salvaguardar el patrimonio potencial responsable (quien es el asegurado), el interés se circunscribe a la preservación de dicho patrimonio que es susceptible de erosionarse por deudas de responsabilidad” (Díaz, 2012. p. 99)

La víctima es entonces la llamada a afectar el patrimonio del asegurado en el evento en que su acción u omisión le hubiese causado un perjuicio que deba ser indemnizado. Esta distinción entre la víctima o beneficiario y el asegurado la realiza la Corte Constitucional en sentencia C – 388 de 2008, a saber:

(...) Se tiene entonces, que mientras el asegurado es el titular del interés asegurable y, en el seguro de responsabilidad, es aquella persona que puede ver afectado su patrimonio ante la ocurrencia de un siniestro por el cual debe responder, y cuyo patrimonio protege a través del seguro; la víctima, es la persona que, ocurrido el siniestro sufre un daño, y en tal calidad es la persona que debe recibir la correspondiente indemnización.

A lo anterior hay que agregar que el asegurado puede tener, además, la condición de tomador del seguro, y como tal tendrá igualmente la condición de parte en el contrato

de seguro, mientras que, en términos generales, la víctima del siniestro no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro sino de tercero que recibirá la correspondiente indemnización (Corte Constitucional. C – 388 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Se puede decir entonces, que el interés asegurable del tomador de una póliza de responsabilidad, es la protección de su patrimonio en general, en el evento en que incurra en algún hecho del que pueda derivarse su responsabilidad. La asunción de una deuda que se deriva de una responsabilidad es general y abarca la totalidad del patrimonio del asegurado y no solo parte o bienes específicos de éste.

Es así como lo considera Garriges (1982), al decir que “una deuda de responsabilidad grava todo nuestro patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de valor económico” (P.364). Luego entonces, el patrimonio del asegurado es el interés que se protege dentro del seguro de responsabilidad, aun cuando la indemnización vaya dirigido a un tercero y ello, es lo que lo motiva a tomar el seguro.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a las cualidades del seguro de responsabilidad indica que:

(...) además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ilesa su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de febrero de 2005. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar)

Ello es lo que distingue el seguro de responsabilidad de otro tipo de seguros. Díaz (2012) lo define con mayor claridad al decir que el interés en el seguro de responsabilidad:

(...) no se refiere al que pueda tener la víctima sobre un bien determinado, pues, en tal caso, el seguro sería de naturaleza real, y el asegurado pasaría a ser la víctima; tampoco al que pueda tener la víctima sobre su patrimonio, ya que lo transformaría en un seguro

de cumplimiento que cubre el patrimonio del acreedor (víctima) y no del deudor (responsable) y, en fin, no corresponde al interés que tenga la víctima en su vida o integridad personal, por cuanto el seguro pasaría a ser de vida o de accidentes personales en los cuales la víctima ocuparía la posición de asegurado (p. 100)

El asegurado debe estar claramente determinado en la póliza, ya que solo su interés asegurable será objeto de amparo por el asegurador, en razón a que éste es el único del que se puede predicar un interés asegurable. Ahora bien, el interés asegurable en el seguro debe ser valorado, es decir, debe estimarse una suma asegurada que limite la responsabilidad del asegurador. Al respecto el artículo 1079 del Código de Comercio, señala que “el asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074” (Código de Comercio. Art. 1079).

Se podría decir que, en principio, en el seguro de responsabilidad no es posible estimarse una suma a asegurar, principalmente porque no se tiene la certeza del valor de los daños que se puedan ocasionar con la responsabilidad en la que incurre el asegurado. En los seguros de daños, la suma asegurada corresponde al valor del bien o elemento que se asegura, porque se tiene la certeza de su existencia y la posibilidad de cuantificar su valor. En el caso del seguro de responsabilidad, ello no se puede cuantificar (Ordoñez, 2001).

De acuerdo a lo anterior, la estimación del interés asegurable será la suma que libremente sea acordada por las partes (Díaz, 2012. P. 103). Ella es la única forma de limitar la responsabilidad del asegurador y conocer con certeza cuáles son sus obligaciones de pago en el evento en que se presente el siniestro. Ahora bien, aun cuando la estimación de esta suma asegurada supone un límite a la responsabilidad del asegurador, esta no tiene efectos en el caso de que exista mora en el cumplimiento de sus obligaciones, causándose intereses que deben ser resarcidos. En dicho evento, el asegurador está en la obligación de pagar la suma pactada más los intereses moratorios, aun cuando se exceda el valor señalado en el contrato de seguro. López (2001) analizando un caso de seguro de responsabilidad, indica lo siguiente:

(...) si el asegurador hubiera cancelado oportunamente aquella suma, es decir, si hubiese cumplido con su obligación, tan solo debía pagar dicha suma original y no ninguna adicional a los perjuicios ni por intereses. Ahora bien, ese mayor valor que

puede exceder el monto de la suma asegurada compromete la responsabilidad del asegurador sin sujeción a barrera alguna por tener su origen directo e inmediato en una negativa que no ha debido formularse por no estar la razón legal de parte del asegurador. (p. 92)

Ahora bien, el interés asegurable que se traduce en la suma asegurada en el seguro de responsabilidad debe ser real y actual, con las limitantes que se derivan de la responsabilidad del asegurador señaladas con anterioridad. En principio podría decirse que la limitación de la responsabilidad del asegurador demanda que no exista ningún tipo de actualización o variación de la suma asegurada del interés asegurable. Sin embargo, no es posible desconocer que la vocación que tiene el seguro es precisamente proteger un interés que sea real y acorde con el daño. De esta forma, lo considera el Consejo de Estado, al señalar que es posible la actualización o indexación de la indemnización, por cuanto ella debe ser congruente con la realidad del daño generado, a saber:

La indexación económica, conceptualmente, busca representar económicamente a tiempo actual una suma histórica o pasada. El Código de Comercio enseña que para el momento del siniestro la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado (art. 1089). Esta norma, por su contenido, es indicadora del reconocimiento de la realidad del daño para el momento del suceso dañino y no implica que no pueda indexarse (...) (Consejo de Estado. Sentencia del 22 de junio de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez)

Lo anterior, es fundamental respecto de la determinación de la indemnización a que hubiere lugar en caso de siniestro, pues esta no podrá ser superior en ningún momento al valor de la suma asegurada. Así mismo, se deberá indicar en caso de la ocurrencia de una pérdida cubierta por el seguro, a quien le corresponde recibir la prestación habida por el asegurador (Fadul, M. 1987, p. 59). Sobre el asunto, el Código de Comercio, señala algunos principios generales (Artículos 1074, 1079, 1084 y 1089), según los cuales:

- El asegurador está obligado, condicionalmente, al límite máximo de la suma asegurada, independientemente de los gastos adicionales a su cargo, cuando estos se

realicen con el fin de evitar la propagación del siniestro y de buscar el salvamento de las cosas objeto del seguro.

- La indemnización se establecerá de acuerdo a los daños que sufra la cosa y conforme a su valor real, el cual puede ser valor de uso o de nuevo, tal y como se determinó en la póliza.
- La distribución entre los diferentes interesados, según el artículo 1084 del Código de Comercio, se debe efectuar según la norma, la cual indica al asegurado y al beneficiario como los afectados por el daño causado por el siniestro. Por esto, para efectos de determinar el acreedor de la obligación condicional a cargo del asegurado, se consideran como interesados, al asegurado y al beneficiario y se procederá con la aplicación de las siguientes reglas generales:
  - a) Si concurren en una misma persona las calidades de asegurado y beneficiario, ella será la acreedora de la prestación.
  - b) Si existe un beneficiario a título oneroso, diferente al asegurado, éste será el acreedor de la obligación indemnizatoria.

Aplicándose lo anterior en el proceso de responsabilidad fiscal, el legislador al contemplar en el artículo 53 de la ley 610 de 2000, indexar el daño sufrido, no establece un nuevo detrimento o valor del daño pues éste sigue siendo el mismo. La Ley 610 de 2000 en su artículo 53 dispone: “Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.”

En conclusión, se puede decir que el interés asegurable en el caso del seguro de responsabilidad debe ser real y acorde con la proyección del daño que puedan hacer las partes, aun si este debe ser traído a valor real, es decir, indexado al momento de determinarse la obligación de pago por parte del asegurador.

### **2.1.3.2. El riesgo asegurable.**

El Código de Comercio en el artículo 1054 define el riesgo como un (...) suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. (...) (Código de Comercio. Art. 1054). Es entonces, que el riesgo se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de un peligro, con ocasión de cual una pérdida incierta se concreta en un daño (Fadul, 1987, p. 69).

En lenguaje común el riesgo puede definirse como la posibilidad de pérdida o desembolso. Esta es la noción que más se adapta con el enfoque general de este estudio. Generalmente nos referimos al suceso que ocasiona una pérdida económica o un reparto involuntario de valor.

De manera relacionada lo indica Botero, M.C. 1978 (P.89), al decir que el riesgo es el sujeto u objeto del seguro y en este sentido se habla de riesgo malo o bueno según el mayor o menor peligro que ofrezca para la compañía.

De acuerdo con Fadul, M. I. (1987), el hecho constitutivo del riesgo debe presentar las siguientes características (P.70):

- Ser futuro e incierto en cuanto al momento de su ocurrencia más no en cuanto a la posibilidad de producirse en el tiempo, pues de lo contrario no podría ser el presupuesto básico de un contrato con fines indemnizatorios, en caso de realizarse el riesgo. En otras palabras, todo riesgo debe ser futuro, incierto y posible.
- Estar siempre determinado en el contrato respectivo, con base en las limitaciones positivas y negativas pactadas. (P.70)

El paso de un riesgo asegurable a un riesgo asegurado lo define la existencia de una póliza de seguro que lo ampare. En el caso del seguro de responsabilidad, el riesgo asegurable es la responsabilidad en la que puede incurrir el asegurado, con la que se genera un daño.

Por regla general el riesgo debe ser individualizado para determinar cuál es la responsabilidad del asegurador respecto a éste, así como los eventos que están cubiertos por el seguro que se relacionen con éste (Díaz, 2012). La individualización del riesgo, le permite al asegurador dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 1056 del Código de Comercio, esto es, la asunción de alguno o todos los riesgos a los que está expuesto el interés asegurable (Código de Comercio. Art. 1057).

Bajo otro respecto, Becerra (2014) precisa que la individualización del riesgo concreta la prestación que asume el asegurador. Todo ello se cumple dentro de un acápite del contrato universalmente conocido como *designación y situación de los objetos acordados*, de manera que ello se cumple teniendo en cuenta elementos de variada índole, tales como su duración de temporalidad, objetivación, causalidad, localización, intensidad, etc. Pero en sentido estricto el riesgo se individualiza por dos razones: para limitar la responsabilidad del asegurador a responder por siniestros provenientes de los riesgos amparados, y para que éste apenas responda por la ocurrencia del riesgo en determinado lugar o sitio.

La identificación plena de los riesgos asegurables, es necesaria para tener la certeza de qué eventos están cubiertos y cual es límite del seguro. Para ello es necesario realizar una descripción de las coberturas del seguro de responsabilidad, que de acuerdo con Díaz (2012) se surte con los límites positivos, “es decir con la identificación del riesgo que se incorpora al contrato, como la responsabilidad civil por el desarrollo de una profesión específica o la responsabilidad derivada del uso de un vehículo automotor” (p. 109).

La descripción de los riesgos asegurados debe ser tan precisa y clara que no deje dudas respecto del alcance que tiene la cobertura del seguro de responsabilidad, so pena de algunos eventos, no puedan ser amparados posteriormente. De otro lado, es necesario establecer las exclusiones o límites negativos, es decir aquellos eventos que no hacen parte del riesgo asegurable, bien porque estén prohibidas por la Ley (como lo señalado en el artículo 1055 del Código de Comercio) o porque convencionalmente se ha decidido por las partes su exclusión. Las exclusiones convencionales deben quedar expresamente consignadas en el contrato de seguro, de forma que las partes tengan claro cuál es el límite de su responsabilidad, a que tiene derecho el asegurado y a que está obligado el asegurador.

El riesgo asegurable en el caso de los seguros de responsabilidad debe limitarse temporal y espacialmente. Ello es lo que se conoce como la vigencia o término del contrato de seguro. En este se indica hasta cuándo va la protección del seguro y por ende la responsabilidad de responder por los riesgos asegurados. En ese sentido, el siniestro para poder ser amparado por la póliza debe presentarse durante la vigencia o período de protección del contrato de seguro.

Ahora bien, uno de los temas que mayor discusión ha generado en el seguro de responsabilidad es el aseguramiento de la culpa grave. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia no es posible asegurar la culpa grave, por considerarse ello una permisión que no puede asumir el asegurador. De acuerdo con su interpretación, admitir el amparo de la culpa grave por el asegurador, es sujetarlo a que se responsabilice por una conducta imprudente y abiertamente negligente, fuera de su proyección de riesgos (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de diciembre de 2006, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Sin embargo, en el caso del seguro de responsabilidad, la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, permite asegurar la culpa grave, excepcionando lo señalado en el artículo 1055, a saber: “Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055” (Código de Comercio. Art. 1127).

De acuerdo con Acoldece & Acoas (2002) la razón de que se permitiera asegurar la culpa grave en el caso del seguro de responsabilidad, atendía a los nuevos desarrollos y modernización de los seguros a nivel mundial, que demandaban una uniformidad universal en materia de coberturas. Al respecto Díaz (2012) señala que las tendencias a nivel mundial en materia del seguro de responsabilidad, tienden a asegurar incluso el dolo con posibilidad de exclusión convencional, en pro de ampliar la protección a los terceros afectados y mantener indemne el patrimonio del asegurado. Las razones que aduce son las siguientes:

“Esta es una de las manifestaciones de la evolución del seguro y de la responsabilidad civil, destinada a ampliar su campo de acción como mecanismo de indemnización, con lo cual estamos de acuerdo. Es más, con una perspectiva proteccionista de las víctimas, hoy se discute el aseguramiento de conductas intencionales y dolosas del asegurado, entendiendo que el seguro y la responsabilidad civil son instituciones indemnizatorias

y no sancionatorias de la conducta humana. La punición y represión de tales conductas son del resorte del derecho penal” (Díaz, 2012, p. 113)

Así las cosas, la culpa grave en Colombia ha venido siendo aceptada como parte del riesgo asegurable en los seguros de responsabilidad, al punto que se ha llegado a señalar que “(...) en el futuro, en esta clase de seguros, a menos que ella sea objeto de exclusión expresa, la culpa grave ha de entenderse asegurada como causa del siniestro” (Ossa, 1991, p. 104). De esta manera, se concluye que en el seguro de responsabilidad en Colombia se admite el aseguramiento de la culpa grave y se mantiene aún la restricción de la responsabilidad del asegurador en el evento en que el siniestro se hubiere producido por una conducta dolosa del asegurado.

Por eso mismo, es que respecto de los actos o riesgos inasegurables y en palabras de Díaz, J. (2014) no basta que no se haya asegurado el dolo o la culpa grave respecto de los directivos, representantes legales o gerentes de entidades estatales, para negar la cobertura asegurativa, dado que el seguro de manejo se origina en la Ley 225 de 1938 y sus normas se encuentran determinadas en el Estatuto Orgánico de Sistema Financiero, en el que el seguro de manejo tiene como finalidad cubrir al asegurado, ya sea esta una entidad territorial, establecimiento público, empresa social del estado, empresas de servicios públicos, entre otros, por los actos irregulares que cometan sus funcionarios en ejercicio de su gestión fiscal o con ocasión de ésta. Para este propósito la Corte Suprema de Justicia, con posiciones distantes a la manifestada en líneas anteriores donde no era posible asegurar la culpa grave, manifestó:

“(...) El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2º señala que aquel tiene por objeto garantizar ‘el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables’ ... En virtud de este seguro –mejor aún modalidad aseguraticia- se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que ésta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquélla, lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente. El riesgo que

figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C.Co), no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley –como acontece en el seguro de cumplimiento–, sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores, infidelidad que ‘puede tener su origen en uno de estos actos; el desfalco, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza. Actos intencionales, dolosos (...)’ (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil del 24 de julio de 2006, exp. 00191 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo)

De acuerdo a lo expuesto, para que una pérdida sufrida por una entidad estatal sea considerada como siniestro se requiere un acto o infracción cometido por alguno de sus funcionarios. En consecuencia, la culpa es un elemento en este tipo de pólizas, de lo cual deduce Díaz, J. (2014) que la aseguradora en estos contratos asume el riesgo durante la vigencia de la póliza y en los procesos de responsabilidad fiscal lo que se analiza es que el riesgo objeto de cobertura es el manejo global sector oficial o de empleados públicos en ejercicio de su gestión fiscal.

## **2.1.4 La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad**

### **2.1.4.1 El siniestro se configura con el hecho que lo produce**

La doctrina es uniforme en cuanto a la noción del siniestro, pues, se toma como la ocurrencia del riesgo que se halla asegurado, y ese mismo criterio tiene el artículo 1072 del Código de Comercio, al definirlo como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Así las cosas, el siniestro sólo se materializa con la ocurrencia del riesgo.

Frente a la configuración del siniestro existen varias teorías. La primera de ella corresponde a la presentación del hecho dañoso, sin importar si existe o no reclamación de la

víctima ante la aseguradora (Jaramillo, 2011). La simple presentación de éste, configura la responsabilidad del asegurador de resarcir los daños que comprenden la cobertura del contrato de seguro. El Código de Comercio indica en el artículo 1131 lo siguiente:

“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial” (Código de Comercio. Art. 1131)

Donati (1960) señala que la ocurrencia del siniestro es lo que configura la responsabilidad del asegurador de reparar los daños causados a la víctima, siempre y cuando estos hagan parte de la cobertura del seguro y se hubiese presentado durante la vigencia del mismo (P. 401). Sánchez (1997) al respecto indica lo siguiente:

(...) Por consiguiente, si admitimos, siguiendo la doctrina general de la responsabilidad civil, que el nacimiento de la deuda de indemnización se produce de forma inmediata cuando se verifica el hecho dañoso (acción u omisión, o incumplimiento del contrato) del que se deriva esa deuda, de forma que el hecho dañoso es la causa del siniestro que precisamente es el nacimiento de la deuda de responsabilidad civil, habremos de admitir que es a partir del momento en que producido ese hecho surge la deuda de responsabilidad y el patrimonio del Asegurado se ve gravado por dicha deuda, lo que da lugar al daño. Desde esta perspectiva, nos parece que ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso (p. 14)

La Corte Suprema de Justicia acoge esta interpretación del débito de la responsabilidad, como la configuración del siniestro y al respecto señala que el surgimiento de una deuda de responsabilidad en cabeza del asegurado es lo que configura el siniestro en el seguro de responsabilidad (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de febrero de 2005, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar). Esta es la posición que adopta el ordenamiento jurídico colombiano.

#### **2.1.4.2. El siniestro se configura con la reclamación de la víctima.**

Existe otra corriente que considera que el siniestro se configura cuando existe una reclamación por parte de la víctima al asegurador, toda vez que solo hasta que se da a conocer al asegurador la existencia del daño se puede hablar de un verdadero siniestro. Al respecto Perán (1998) indica que:

“Siniestro es igual a reclamación: el siniestro no llega a producirse hasta que el asegurado no recibe del tercero perjudicado la reclamación judicial o extrajudicial. Si la misma no tiene lugar, para la póliza no hay siniestro, aunque haya acto u omisión, responsable y daño” (p. 182)

Lo que defiende esta corriente es que hasta tanto el asegurado y el asegurador no conocen del hecho dañoso no puede existir siniestro, toda vez que no todo hecho causa daños y afectan por tanto, el seguro (Perán, 1998).

Al respecto, es importante advertir que los mismos autores de esta teoría mencionan que “es necesario reconocer que esta concepción del siniestro debe ser contenida dentro de ciertos límites y que ciertas reservas deben ser aportadas”. Reservas que, tratándose del periodo de vigor de la garantía, hacen evidente una profunda contradicción en esta teoría que terminan desdibujándola y disminuyendo su probabilidad de imponerse en el ordenamiento jurídico, como es el caso de un supuesto, en el que, si durante el periodo de seguro se cubren, sin preocuparse del momento en que han sido cometidos los hechos dañosos, todas las reclamaciones de la víctima. Situación ante la que se procedería de manera negativa, pues aquello que está cubierto durante la duración del contrato son los hechos dañosos, sin tener en cuenta las reclamaciones formuladas durante ese periodo. Si el siniestro tiene que realizarse durante la vigencia del seguro habría que concluir entonces que no es tal que el mismo sea la reclamación.

De esta manera, consideramos que la doctrina mayoritaria, con la cual estamos de acuerdo, entiende que aquello que determina el siniestro es, en rigor, el nacimiento de la deuda de responsabilidad más que el hecho que da lugar a ella, contexto que corresponde a la primera

tesis planteada, relacionada con que el siniestro se configura con el hecho que lo produce, toda vez que esta teoría propugna la unión estrecha entre la noción de riesgo asegurado al hecho generador de la responsabilidad civil, de tal manera que el seguro proteja al asegurado cuando surja la responsabilidad, tal como lo ha acogido nuestro ordenamiento Colombiano en el Código de Comercio desde sus inicios y con la reforma de la Ley 45 de 1990. No obstante, con la Ley 389 de 1997 se introdujeron nuevas modalidades de cobertura en las cuales la reclamación juega un papel preponderante.

## **2.2 El seguro de responsabilidad de los servidores públicos.**

El artículo 1082 del Código de Comercio clasifica los seguros de daños en reales y patrimoniales. Los primeros son aquellos que otorgan una protección con relación a una cosa determinada; los segundos, amparan la integridad patrimonial del asegurado y no bienes específicos de su patrimonio. Uno de los principales seguros patrimoniales es el seguro de responsabilidad, definido por el artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990.

Con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima.

Actualmente, con la evolución normativa, encontramos que el servidor público dentro de sus funciones, se encuentra sujeto a un régimen de responsabilidad por la causación de daños, la cual puede ser asegurable. Dentro de estas responsabilidades se hayan: (i) la responsabilidad civil patrimonial y (ii) la responsabilidad fiscal.

### **2.2.1 Seguro de responsabilidad civil del servidor público.**

En el caso de la responsabilidad civil patrimonial, esta se cimienta en el derecho que tiene el Estado de repetir contra un servidor público, en el evento en que, por causa de una acción u

omisión de éste, el Estado se hubiere visto compelido a pagar una indemnización. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 90 constitucional. Al respecto Díaz (2012) indica que la responsabilidad civil del servidor público

(...) está basada en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución, según el cual si el Estado es condenado a reparar un daño antijurídico deberá repetir lo pagado contra el servidor público que lo haya causado mediante una conducta dolosa o gravemente culposa (p. 60)

Esta responsabilidad del servidor público ha tenido asiento en varias disposiciones normativas. Por ejemplo, el artículo 142 de Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, indica que

“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado” (...) (Ley 1437 de 2011. Art. 142)

Asimismo, el artículo 51 de la Ley 80 de 1993, reconoce que el servidor público debe responder disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones u omisiones, relacionadas con la gestión contractual en los términos que señale la Constitución y la Ley. En términos similares lo consagra la Ley 270 de 1996 que en su artículo 71 indica que “en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (Ley 270 de 1996. Art. 71).

La norma que desarrolla el tema de la responsabilidad patrimonial del servidor público es la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamentó la acción de repetición contra el servidor público declarado responsable patrimonialmente.

A través de esta acción de repetición, el Estado busca del servidor público la devolución de los dineros que debió pagar por cuenta de la conducta u omisión dolosa o gravemente culposa que dio origen al daño antijurídico. De acuerdo con el artículo 2º de la ley 678 de 2001 la acción

de repetición es de carácter civil patrimonial, por cuanto busca el resarcimiento de un daño patrimonial ocasionado al Estado. La Corte Constitucional al respecto de la naturaleza civil de esta acción, indica lo siguiente:

La acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal de un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar y, del otro, que esa condena haya tenido como causa – necesaria – la conducta dolosa o gravemente culposa del agente (Corte Constitucional. Sentencia C – 619 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil)

De acuerdo con ello, la base de la responsabilidad del servidor público se deriva de su acción u omisión dolosa o gravemente culposa. En ese sentido lo considera el Consejo de Estado a saber:

(...)La acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar u obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública. El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)

Y en el inciso segundo del canon constitucional, se reguló la responsabilidad de los agentes del Estado que con su comportamiento doloso o con culpa grave ocasionen el daño por el cual aquél está en el deber de reparar, pero a la vez, en los términos de la disposición en cita, la obligación de repetir por las referidas circunstancias frente a éste. Es decir, el hecho de que el daño haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del agente estatal, compromete su responsabilidad patrimonial, la cual se determina mediante la acción de repetición que la entidad debe instaurar en su contra en los términos del artículo 90 de la Constitución Política o a través del

llamamiento en garantía formulado en su contra dentro del juicio que busca la responsabilidad del Estado (Consejo de Estado. Auto del 1 de octubre de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio)

En esa medida se puede decir que en los casos donde no exista dolo o culpa grave, el servidor público no está llamado a responder patrimonialmente por los daños que tuvo que haber resarcido el Estado. Así lo señala Díaz (2012) al decir “(...) habrá lugar a casos de responsabilidad del Estado en los cuales no exista ninguna responsabilidad del servidor público por no haber incurrido en culpa grave o dolo” (p.61). Ahora bien, para la entidad pública que asumió en primera instancia la indemnización por el daño antijurídico causado por el servidor público, es imperativo recuperar la suma que tuvo que pagar a causa de la inadecuada gestión de su funcionario.

Sin embargo, no existe garantía de que el funcionario cuente con el patrimonio suficiente para cubrir con la indemnización que tuvo que pagar el Estado. De ahí que el sector asegurador haya creado esta línea de contratos de seguro de responsabilidad civil para garantizar el pago del servidor público de la indemnización que se pueda ocasionar con su acción u omisión.

### **2.2.2 Seguro de responsabilidad fiscal del servidor público.**

Además de la responsabilidad civil, el seguro de responsabilidad también garantiza la responsabilidad fiscal del servidor público, dispuesta en los artículos 267 y 268 de la Constitución Política de 1991. De acuerdo con Díaz (2012) “el contenido indemnizatorio (no sancionatorio) de esta responsabilidad posibilita la cobertura bajo pólizas de seguro. En la práctica, los productos disponibles en el mercado brindan protección al servidor público contra la responsabilidad civil y también contra la fiscal” (p. 138)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre los elementos de la responsabilidad fiscal remitirse al capítulo I.

### **2.2.3 Tomador del seguro de responsabilidad del servidor público.**

En principio podría decirse que el tomador del seguro de responsabilidad del servidor público debe ser el mismo funcionario. En la práctica las entidades aseguradoras han permitido que sean las mismas entidades públicas, quienes contraten la póliza a fin de garantizar que exista una verdadera indemnización en caso de que se presente una responsabilidad civil y/o fiscal del servidor público.

Huergo (2002) al respecto indica que “(...) la justificación de los seguros contratados por la Administración para cubrir la responsabilidad civil de los funcionarios es la idea de que el mandatario debe ser indemnizado por el mandante de todos los daños que sufra en ejecución del mandato” (p. 46). El asegurar la entidad al funcionario además de proteger el patrimonio de éste, garantiza y ampara la devolución de los recursos al Estado ante una posible responsabilidad de sus funcionarios. Al respecto Huergo (2002), indica lo siguiente:

“El principal interés de la Administración es obtener un resarcimiento efectivo de los daños sufridos, lo que exige, normalmente, que el funcionario esté asegurado, y también que el seguro no solo protege al funcionario frente a la Administración, sino también frente a terceros que lo demandan a él, en lugar de dirigirse contra la Administración, de modo que, al asegurar al funcionario, la Administración está protegiéndose también a sí misma y por lo tanto no está destinado fondos públicos a proteger intereses privados” (p.82)

Se podría decir que las dos posibilidades de que el tomador del seguro sea el funcionario o la entidad son viables, en atención a que persigue el mismo objetivo: la garantía del pago de una indemnización y la indemnidad de los recursos del Estado. Desde la consagración legal, la Ley 998 de 2005 en su artículo 52 señala que las entidades estatales pueden contratar seguros de responsabilidad de sus servidores públicos, a saber:

(...) También podrán contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal y fiscal en que deban incurrir, estos últimos gastos

excepcionalmente los podrán pagar las entidades, siempre y cuando exista decisión definitiva que exonere de toda responsabilidad y no sea condenada la contraparte a las costas del proceso (Ley 998 de 2005. Art. 52)

En ese sentido, las entidades del Estado al igual que los servidores públicos pueden contratar este servicio sin restricción alguna. Es potestativo de las entidades determinar quien deberá asumir dicha póliza y ser acordado esto con el funcionario que tengan la condición de gestor fiscal.

#### **2.2.4 Naturaleza del seguro de responsabilidad del servidor público y regulación.**

De forma general el artículo 1036 del Código de Comercio indica que la naturaleza del seguro es la de ser un contrato. Ahora bien, en el evento en que el contrato de seguro de responsabilidad del servidor público sea suscrito o contratado por una entidad pública el régimen aplicable para ese caso es de los contratos estatales establecidos en la Ley 80 de 1993 y sus modificatorias, dentro de sus programas de seguro. En ese sentido lo considera Mutis y Quintero (2000) al indicar que “(...) hoy son contratos estatales todos los acuerdos de voluntades en los que participe como obligada una de las que la propia ley ha denominado, en su artículo 2, entidades estatales” (p. 156).

La Ley 80 de 1993 lo ratifica al indicar en su artículo 13 que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley (...)” (Ley 80 de 1993. Art. 13). Asimismo, la Ley 42 de 1993, demanda que exista una protección de los bienes del Estado mediante la contratación de un programa de seguros, a saber:

**“Artículo 107.** Los órganos de Control Fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando los circunstancias lo ameriten” (Ley 42 de 1993. Art. 107)

De acuerdo con la Ley 1150 de 2007 modificatoria de la Ley 80 de 1993, la contratación de los seguros de responsabilidad debe realizarse por licitación pública y su perfeccionamiento se realizará conforme a lo ilustrado en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, esto es “(...) cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”, excepcionando lo señalado en el artículo 1036 del Código de Comercio que enseña que el contrato de seguro es consensual y por ende no sujeto a ninguna solemnidad. En la práctica la suscripción de las pólizas de seguro es común, en especial por el medio de prueba idóneo para determinar las responsabilidades de las partes (Díaz, 2012, p.139).

Existen limitaciones en los contratos de seguro de responsabilidad que toman las entidades estatales. Una de ellas comprende la improcedencia de la garantía de cumplimiento del contrato estatal en los contratos de seguro (Ley 1150 de 2007. Art. 7). Otra excepción comprende la imposibilidad de aplicar las cláusulas excepcionales indicadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que señala

"... los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales..."(Ley 80 de 1993, artículo 14, párrafo).

Aun cuando existe la imposibilidad de la entidad pública de interpretar, modificar, terminar unilateralmente el contrato o declarar su caducidad dentro del contrato de seguro de responsabilidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 23 de junio de 2010, analizó el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, extendiendo esta garantía al asegurador, no solo en el caso de multas y cláusulas penales, sino también cuando se trate de sanciones o cargas derivadas de la relación contractual, específicamente en materia de declaratoria de caducidad o la declaratoria de un siniestro.

El anterior antecedente jurisprudencial, inclinó la balanza y fue determinante para el legislador su inclusión en el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011, artículo 86), en el que determinó el procedimiento para la imposición de multas, sanciones, y declaratorias de incumplimiento por parte de las entidades reguladas por la Ley 80 de 1993, el cual se puede sintetizar de la siguiente forma:

“(…)

1. Evidenciado un posible incumplimiento del contratista, la entidad lo citará a una audiencia para debatir lo ocurrido, remitiéndole el respectivo informe de interventoría o de supervisión y mencionando detalladamente los hechos, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las posibles consecuencias de ello; y, si la garantía de cumplimiento consiste en póliza de seguro, también debe convocarse al garante. Una vez instalada la audiencia por parte del jefe de la entidad se les concederá a ambos el uso de la palabra para que presenten descargos, rindan sus explicaciones, aporten pruebas y controviertan las presentadas por la entidad.
2. La decisión acerca de la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento debe hacerse mediante resolución motivada que se notificará en audiencia y contra la cual procede el recurso de reposición, que debe interponerse, sustentarse, decidirse y notificarse en audiencia. Ésta puede ser suspendida si se requiere, pero también puede terminarse si cesa el incumplimiento.”

Desde otro punto, en el seguro de responsabilidad la entidad pública puede fungir como tomador de la póliza es decir como asegurado y como beneficiario, en el entendido de que lo que se busca es la protección de sus recursos. En este espacio surge una duda frente al asegurado en los casos de responsabilidad del servidor público, ya que en principio el tomador (entidad pública) sería el mismo beneficiario, considerando que no es directamente el servidor público quien toma el seguro. Díaz (2012) al respecto indica que, en el caso de presentarse un siniestro, necesariamente debe analizarse las coberturas que tiene la póliza contratada y quienes aparecen en esta como asegurados, a saber:

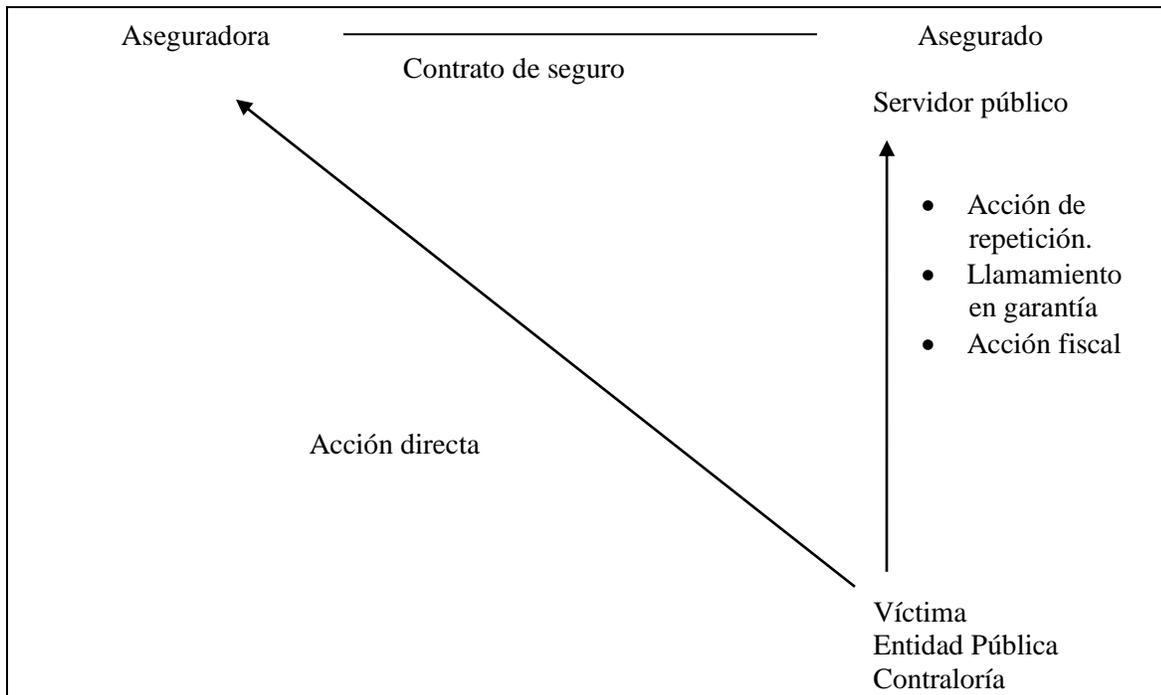
“Recordemos que según el artículo 90 de la Constitución Nacional y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 el servidor público es personalmente responsable si ha producido un daño (que el Estado debe resarcir) mediante una conducta dolosa o

gravemente culposa. Dicha responsabilidad personal del servidor estará cubierta si aparece en la póliza como asegurado, lo cual normalmente se presenta en las pólizas de automóviles. En los demás casos, deberá analizarse caso por caso.

Si la póliza no da al servidor el tratamiento de asegurado, el asegurador tendrá el derecho de repetir contra él por lo pagado a la víctima, pero solo si el servidor se considera responsable del siniestro. Esto requiere, como se dijo, que el servidor haya actuado con dolo o culpa grave.

(...) Reiteramos, por tanto, que el servidor cubrirá su responsabilidad personal solo si aparece como asegurado en estas pólizas o si se contrata una póliza especial para cubrir la responsabilidad personal del servidor público” (Díaz, 2012, p. 130)

En la práctica se determinan dentro de la cobertura de las pólizas de manera general como asegurados los miembros de la junta directiva y a aquellos cuyas funciones se relacionen con toma de decisiones o manejo del presupuesto de la entidad, dentro de los que se entienden incluidos los gestores fiscales (Díaz, 2012), de la siguiente forma:



**Gráfica No. 2.** El seguro de responsabilidad y sus sujetos.

**Fuente:** Díaz (2012, p. 340).

De esta manera, el seguro de responsabilidad ampara la responsabilidad civil o fiscal que se pueda derivar de la inadecuada ejecución de las funciones del servidor público. Esta garantía atribuye a cargo del asegurador el deber de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sean causados por el asegurado en razón a determinada responsabilidad que cause de acuerdo con la ley tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, quien bajo este precepto, se constituye en el beneficiario de la indemnización.

De conformidad con el artículo 1127 del Código de Comercio, son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción que señala el artículo 1055 de la misma norma. Esta cobertura de la culpa grave fue incorporada con la Ley 45 de 1990 con la finalidad de la protección de la víctima, bajo el supuesto de que resultaba necesario cobijar la conducta de las personas menos diligentes, en razón de otorgar protección a la persona que soportaba el daño. Situación modificatoria de la norma que generó un inconveniente jurídico, pues la norma especial que se aplica en el seguro de responsabilidad civil, consagra dos normas contrarias: el artículo 1055, que expone que la culpa grave es inasegurable y que cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; y el artículo 1127 que regula que la misma sí es asegurable.

Sin lugar a dudas, el tema es controversial y ante tal antinomia, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 5 de julio de 2012 expuso:

“En otros términos, luego de la modificación introducida, es claro que en el “seguro de responsabilidad” los riesgos derivados de la “culpa grave” son asegurables, y, por ende, su exclusión debe ser expresa en virtud a la libertad contractual del tomador, ya que de guardarse silencio se entiende cubierto.”

En consecuencia, es claro que la culpa grave puede ser excluida de la cobertura si es el deseo de las partes, lo que de manera conveniente debe hacerse en forma expresa, pues podría considerarse, que la culpa grave no requiere estipulación especial para ser asegurada, sobre todo si se analiza el artículo 1128 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual el asegurador responde de las costas del proceso salvo si la responsabilidad proviene de dolo o está explícitamente excluida del contrato. Por lo tanto, si no se excluye de forma manifiesta, se encuentra cubierta por el contrato de seguro de responsabilidad civil.

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad fiscal que debe asegurar la compañía de seguros, ¿se puede incluir las conductas dolosas? De acuerdo con la interpretación del segundo inciso del artículo 1127 del Código de Comercio, quedan excluidas de las pólizas de seguro por responsabilidad fiscal aquellas conductas que ejerza el gestor fiscal que implique dolo. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, permitir el aseguramiento del dolo en una póliza de responsabilidad, es igual a facilitar su comisión sin represalia alguna (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de julio de 2012, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez)

### **2.2.5 El daño patrimonial como supuesto del siniestro.**

El daño patrimonial es el presupuesto de la responsabilidad fiscal, de forma tal que si no existe un detrimento del patrimonio del Estado que se traduzca en un daño fiscal, no se puede hablar de una responsabilidad fiscal del gestor, y por ende no existe responsabilidad del asegurador de amparar este tipo de responsabilidad. De ahí que sea de vital importancia determinar con certeza la existencia de un daño que se configure en un siniestro, y que sea atribuible al gestor fiscal.

El papel que debe cumplir el asegurador en el caso de la declaración de un daño patrimonial del que se deriva responsabilidad fiscal, es el de proteger los recursos públicos, mediante la indemnización. De acuerdo con la Corte Constitucional el daño que genera el gestor fiscal a los recursos del estado “(...) se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido” (Corte Constitucional. Sentencia C – 840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería)

Otro de los elementos para que pueda existir la responsabilidad fiscal y por ende el deber de concurrir al resarcimiento de la aseguradora, es que el daño sea real y cierto. En ese sentido lo considera la Contraloría General de la República (2001) citada por Rodríguez (2014, p. 37) al señalar lo siguiente:

(...) la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Creemos que esta disposición es

sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien – tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica – sobre un daño que finalmente no se produjera. (...)

Luego entonces, solo puede subsistir la responsabilidad del asegurador mientras exista un daño patrimonial del Estado y este sea responsabilidad de la acción u omisión del gestor fiscal. Es deber del asegurado demostrar ello ante el asegurador y obligación de éste último de verificar la existencia del daño para declarar el siniestro y proceder a la respectiva indemnización.

El análisis del daño por parte del asegurador implica determinar con certeza su existencia y las condiciones de modo, lugar y tiempo en el que se presentó el hecho que dio origen a la responsabilidad fiscal, con el fin de delimitar su responsabilidad de indemnizar o no. Recuérdese que para que pueda existir la obligación del asegurador de responder por el siniestro que causa la responsabilidad fiscal, el hecho que la produce debe haberse dado durante la vigencia del seguro. Al respecto Rodríguez (2014) indica lo siguiente:

(...) para los intereses del garante, la identificación de la causa directa del daño y del momento de su ocurrencia es crucial y definitiva, pues esa determinación temporal del siniestro es la que permitirá establecer si la gestión de la póliza y por ende establecer si están cobijados por el amparo. Así, de presentarse un daño prolongado en el tiempo, será de absoluta relevancia para el asegurador determinar la primera causa de aquel, es decir, el hecho que desencadenó o desató la generación y la consecución del daño, pues puede ocurrir que la causa originaria del daño haya acaecido con anterioridad a la vigencia de la póliza, aunque el daño se haya prolongado o mantenido durante el periodo de cobertura e incluso después de su expiración (p. 41)

Esta revisión que realiza el asegurador, es para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 1073 del Código de Comercio, a saber:

Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor

de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa, después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro (Código de Comercio. Art. 1073)

En ese mismo sentido lo considera el Consejo de Estado al señalar que es relevante la evaluación por parte de la Contraloría en el caso de hechos sucesivos que generaron el daño fiscal, cuando dieron inicio a fin de que determinar si el asegurador es responsable de garantizar el resarcimiento a causa de éstos (Consejo de Estado. Sentencia del 24 de enero de 2013. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez).

### **2.3 La posición de garante de la aseguradora en el proceso de responsabilidad fiscal y llamamiento como tercero civilmente responsable.**

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000 dispone lo siguiente:

**“Artículo 44. Vinculación del garante.** Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella” (Ley 610 de 2000. Art. 44)

La Ley le otorga la calidad de tercero civilmente responsable al asegurador, lo que se considera erróneo si se analiza que éste no es quien comete directamente la acción u omisión que genera el daño fiscal como siniestro a reparar. Su responsabilidad de resarcimiento no se deriva de la acción u omisión del funcionario, sino que se deriva de una obligación contractual entre la entidad pública y él, que se concreta cuando se determina que uno de sus asegurados incurrió en una responsabilidad fiscal, que es de su resorte reparar por estar contemplado como un riesgo asegurable dentro del contrato de seguro. Díaz (2012) clarifica ello de la siguiente manera:

“Llama poderosamente la atención que la norma califique a la aseguradora de tercero civilmente responsable, pues en rigor, y según lo hemos dicho, la aseguradora no responde por los actos de los funcionarios: la fuente de la obligación de la compañía proviene del contrato de seguro y no de la conducta impropia del responsable (...)” (p. 242)

Amaya (2002) al respecto indica que no es posible determinar que existe una responsabilidad del asegurador, principalmente porque éste no cumple con funciones públicas de administración de recursos, es decir la aseguradora no tiene la condición de gestor fiscal ni tiene la potestad para ejecutar dineros públicos. La responsabilidad de la aseguradora es la de responder por el daño patrimonial causado por el gestor fiscal, y en nada se relaciona con la inadecuada gestión del funcionario público, sino que su obligación se deriva es de la configuración de un siniestro, que para el caso particular comprende la determinación de la existencia de un daño a causa de una declaración de existencia de responsabilidad fiscal (Corte Constitucional. Sentencia C – 648 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño). Al respecto Gómez (2014) indica lo siguiente:

“(...) la compañía de seguros se vincula como garante del proceso de responsabilidad fiscal, en condición de tercero civilmente responsable, y de acuerdo a esta consideración sostiene que por regla general la compañía de seguros no se vincula exactamente por la figura del proceso de responsabilidad fiscal en carácter de responsable fiscal, de manera solidaria, sino como garante, tercero civilmente responsable, respondiendo, justamente, hasta el riesgo amparado en el respectivo contrato de seguro (...)” (p. 340)

En ese mismo sentido lo considera Bulla (2012) al indicar que

“La vinculación de las compañías de seguros a los avalistas, no se les hace como responsables fiscales, sino como garante y en calidad de tercero civilmente responsable.

En relación con el instituto jurídico del tercero civilmente responsable, puede indicarse, brevemente, que se este se contrae a aquel que se encuentra llamado a

responder civilmente por las consecuencias del hecho de otro, en nuestro caso, el hecho generador de responsabilidad fiscal” (p. 308)

Ahora bien, al existir un contrato de seguro que ampare la responsabilidad fiscal del servidor público, y al darle la Ley la calidad de ser un tercero civilmente responsable, se entiende que éste tiene las mismas prerrogativas y facultades del implicado dentro del proceso de responsabilidad fiscal. Así lo indica Bulla (2012, p. 308) al decir que “(...) el vinculado en calidad de tercero civilmente responsable goza de todas las garantías consustanciales al derecho fundamental al debido proceso, que le permitan ejercer con plenitud sus derechos en el proceso de responsabilidad fiscal”.

Luego entonces, la primera razón que determina la vinculación de la aseguradora como garante, consiste en que cumple con los presupuestos del debido proceso, en la medida en que con ello, se le garantiza su participación dentro del desarrollo de las actuaciones procesales y el ejercicio de sus derechos fundamentales a la defensa y la contradicción. Al respecto Gómez (2014) indica lo siguiente:

“Un contrato de seguro que ampare al presunto responsable, o al bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, le impone a la contraloría que conozca del asunto la obligación de vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la compañía aseguradora respectiva. Obligación que se impone para la protección del interés general, esto es, lograr el efectivo resarcimiento del detrimento patrimonial que se logre establecer y que, en todo caso, constituye una garantía procesal ligada al debido proceso y sus manifestaciones, como lo son el derecho a la defensa, de contradicción y de principio de oponibilidad, entre otros, que deben asegurarse a la compañía de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, puesto que, según dispone la Ley 610 de 2000, tiene los mismos derechos y facultades del presunto responsable implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal” (p. 337)

La segunda razón que fija la vinculación de la aseguradora como garante dentro del proceso de responsabilidad fiscal, es la necesidad de que éste evalúe, conozca y determine la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad fiscal, especialmente de la existencia de un daño que posiblemente deba reparar. La vinculación del garante al proceso de

responsabilidad fiscal le permite determinar hasta donde puede ir su responsabilidad, en especial en lo relacionado con la cuantía del daño respecto de la suma asegurada (Gómez, 2014, p. 338).

La tercera razón que explica la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal, es el cumplimiento del principio de la economía procesal. Al concurrir el garante en el proceso de responsabilidad fiscal se le permite que intervenga en favor de sus intereses y en el caso de que la decisión sea contraria a éstos, se procede inmediatamente a la reparación efectiva del daño, toda vez que han sido escuchados los argumentos del garante y conocido por éste la configuración del siniestro, de donde nace su responsabilidad de pago de la respectiva indemnización. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

(...) La vinculación del garante constituye, junto con la coadyuvancia y la denuncia del pleito, una modalidad de intervención de terceros en el proceso, que permite la acumulación de acciones y representa la concreción del principio de economía al permitir que dos conflictos puedan resolverse en la misma actuación. El llamamiento en garantía permite hacer efectivas las obligaciones de él, surgidas en el contrato de seguro. Constituye un mecanismo para que el asegurador que es una persona jurídica diferente a la administración y al servidor público, participe en el proceso de responsabilidad fiscal para representar y defender sus intereses en el resultado del proceso.

(...) 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 el ejercicio del amplio margen de configuración legislativa. Atiende a principios de economía procesal y de la función administrativa. 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 (Corte Constitucional, sentencia C – 648 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño)

La concurrencia del asegurador al proceso de responsabilidad fiscal, permite adelantar de manera simultánea el proceso de reclamación, de forma que, al determinarse la decisión final

con responsabilidad, surja la obligación en cabeza del asegurador de cancelar el valor asegurado sin que pueda presentar objeción alguna en la instancia administrativa, considerando que tuvo la oportunidad para realizarlo en el desarrollo del proceso adelantado. De esta manera, la aseguradora solo tendrá finalmente la posibilidad de demandar la decisión administrativa de responsabilidad fiscal, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, para lo cual procederá contra el Acto Administrativo con el que termina el proceso, una vez se encuentre en firme, conforme lo señala el artículo 59 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, con la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal surge una problemática o discusión, esto es el término de prescripción del seguro de responsabilidad, como pasará a analizarse en el siguiente capítulo.

## **CAPITULO III. LA PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA RESPONSABILIDAD FISCAL**

En este capítulo se busca abordar una problemática que se presenta en la actualidad respecto del término de prescripción del contrato de seguro en el caso de la responsabilidad fiscal. En este sentido, existen dos normas que contemplan de forma diferente este término de prescripción, y que generan una dicotomía entre la interpretación que realiza la Contraloría como autoridad responsable de gestionar el proceso de responsabilidad fiscal y las aseguradoras. El objetivo del presente capítulo es examinar este tema y definir cuál es el término que debe aplicarse conforme el análisis jurisprudencial realizado por el Consejo de Estado y partir del estudio de casos de la Contraloría Departamental del Caquetá.

### **3.1 El término de prescripción del contrato de seguro de responsabilidad en el caso de la responsabilidad fiscal.**

Para iniciar el análisis del término de prescripción dentro del proceso de responsabilidad fiscal, es importante tener clara la definición del concepto de prescripción, el cual de acuerdo con Bulla (2012) “es una institución jurídica de regulación legal, en virtud de la cual, se adquieren o se extinguen derechos, por haberse agotado un término de tiempo fijado por la ley” (p. 162).

En relación con la responsabilidad fiscal, Amaya (2002) señala que

(...) la prescripción, pues, es una figura jurídica que produce efectos consuntivos en relación con la actividad procesal desplegada por la Contraloría en el ejercicio de la acción fiscal, por el paso de la unidad de tiempo cuyo límite señala la norma para el ejercicio válido de ese accionar funcional (p. 409)

La prescripción del seguro de responsabilidad es uno de los temas que ha generado discusión inclusive desde la adopción inicial del Código de Comercio (Díaz, 2012, p. 284). De acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción del contrato de seguro y de las acciones que de éste se derivan, opera de la siguiente manera:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes. (Código de Comercio. Art. 1081)

Considerando lo establecido por el Código de Comercio, existen dos eventos en que se extinguen los derechos en el contrato de seguro: la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria. En el caso de la prescripción extraordinaria, esta es considerada como “(...) un caso atípico y especial que se aplica a todas las acciones generadas en el contrato de seguro en favor y en contra tanto del asegurado o beneficiario como del asegurador” (Díaz, 2012, p. 285).

Tanto la prescripción extintiva ordinaria como la extraordinaria en materia de seguros, parten de la no reclamación judicial del derecho sustancial en el tiempo legalmente señalado, el cual no puede ser variado por acuerdo de las partes contratantes, y tiene cada una distinta forma de computarse, en razón a que el artículo 1131 del Código de Comercio establece reglas particulares para cada una de ellas.

La Corte Suprema de Justicia, considera que aun cuando el legislador previó en la legislación comercial en términos similares a lo consignado en los artículos 2512 y 2535 del Código Civil, la prescripción del contrato de seguro y las acciones que se derivan de éste, sus alcances y naturaleza difieren respecto de la materia a la que se apliquen y el objeto sobre el que recaen. (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de mayo de 2000, M.P. Nicolás Bechara Simancas)

Una de las diferencias entre el término de la prescripción ordinaria y la extraordinaria es el inicio del cómputo. En el caso de la prescripción ordinaria, inicia desde el momento en que el interesado conozca o haya tenido conocimiento del hecho que da origen a la acción, entretanto, la

prescripción extraordinaria comienza su cálculo desde el momento en que nace el derecho, sin que el conocimiento del interesado se tenga en cuenta en absoluto. Al respecto Díaz (2012) indica lo siguiente:

(...) el hecho que da base a la acción es el siniestro, momento que equivale a aquel en el que nace el respectivo derecho. En otras palabras, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria toman como referencia el mismo hecho, esto es, el siniestro; sólo que para que se inicie la primera se requiere que el interesado conozca dicho hecho o lo haya debido conocer, mientras que para la segunda el cómputo se inicia desde su ocurrencia sin importar el conocimiento del mismo (p. 286)

Para saber cuándo empieza a correr o configurarse el término de la prescripción liberatoria en el contrato de seguro de responsabilidad civil, Becerra (2014) indica que debe examinarse el punto desde la perspectiva de la víctima y la del asegurado. En cuanto a la víctima, el artículo 84 de la ley 45 de 1990, que modificó al 1127 del Código de Comercio, toma como día inicial el de ocurrencia del siniestro, o lo que es igual en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, y la prescripción a configurarse es de dos años (la prescripción liberatoria ordinaria), porque se parte del supuesto que la víctima conoció la ocurrencia del hecho que genera la responsabilidad del asegurado y que constituye el siniestro (Becerra, 2014, pág. 171)

En cuanto al asegurado, desde luego frente al asegurador, la prescripción empieza a correr desde cuando la víctima le formula reclamación judicial o extrajudicial, lo que implica que se tratará de prescripción extintiva ordinaria porque a partir de entonces el asegurado queda enterado del ejercicio de la acción, y se configura en dos años (art. 1081 Código de Comercio).

La Corte Suprema de Justicia, considera que la voluntad del legislador al establecer el término de prescripción extraordinario, fue la de proteger al interesado en las acciones que puede ejercer respecto del contrato de seguro, postura que ha sido reiterada. En palabras de la Corte la adopción de la prescripción extraordinaria tiene como finalidad:

(...) garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción siendo cognoscible por parte del interesado, pudo ser ejercida, eliminando, por tanto, de raíz, la posibilidad de que una acción prescriba sin que el interesado, incluso, se haya

enterado de su previa existencia (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de mayo de 2000, M.P. Nicolás Bechara Simancas).

Ello no solo busca proteger a quien esté interesado en la reclamación de la indemnización para quien correría el término de prescripción ordinaria, sino para todo aquel tercero que tenga interés en ello, para el que correría el término de prescripción extraordinaria. No obstante, aunque a nivel doctrinario se observa un elevado nivel de coincidencia sobre esta tesis, Tapias (2004) se aleja de la misma y considera que la diferencia entre los dos tipos de prescripción se encuentra en que la ordinaria debe aplicarse para quienes poseen la calidad de parte en el contrato de seguro, mientras que la extraordinaria lo será para aquellos que no son parte, como es el caso del beneficiario del seguro de responsabilidad.

Bajo nuestra consideración, el artículo 1081 del Código de Comercio establece un sistema de manera particular en cuanto a la prescripción en el contrato de seguro y su redacción genera algunas inquietudes. Sin embargo, la contundencia en su tercer inciso al estatuir que la prescripción extraordinaria “correrá contra toda clase de personas”, difícilmente permite concluir algo diferente, lo que claramente indica la postura que ha mantenido la Corte Suprema de Justicia a lo largo de los años.

De conformidad con la legislación civil, la prescripción se puede interrumpir de dos formas. La primera denominada interrupción natural de la prescripción, consagrada en el artículo 2539 del Código Civil, indica que esta opera, cuando el deudor de manera tácita o expresa reconoce su obligación. En el caso de la interrupción de la prescripción civil, está de acuerdo con el Código General del Proceso en los siguientes eventos:

“La presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación del demandado.

(...) El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez (Ley 1564 de 2012. Art. 94)

En materia civil el término de prescripción y de caducidad además de ser interrumpidos, pueden ser suspendidos. Al respecto el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, indica:

“La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable” (Ley 640 de 2001. Art. 21)

De otra parte, desde el ámbito del proceso de responsabilidad fiscal “la prescripción se interrumpe por el fallo que decida el fondo del proceso, el cual para tener esa virtualidad debe estar debidamente ejecutoriado, es decir, haber obtenido firmeza el acto administrativo” (Amaya, 2002, p. 410). Esto, en principio, refiere claramente sobre la acción que adelanta el ente de control en materia fiscal.

Adicionalmente, el legislador previó la interrupción de la suspensión en el caso de la responsabilidad fiscal, pues de manera general el artículo 13 de la Ley 610 de 2000 indica que el cómputo de los términos atinentes al proceso de responsabilidad fiscal, podrán ser suspendidos por (i) fuerza mayor o caso fortuito y (ii) por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. Durante ese lapso se entenderá suspendida la acción fiscal y por ende el término de prescripción tanto de ésta, como del seguro que ampara la responsabilidad fiscal.

En cuanto al término de prescripción del contrato de seguro de responsabilidad desde el ámbito del proceso de responsabilidad fiscal, se tiene una connotación diferente, pues durante décadas las aseguradoras han señalado indistintamente que la norma de aplicación para identificar la prescripción dentro del contrato de seguro es el artículo 1081 del Código de Comercio, de acuerdo con lo expuesto anteriormente. No obstante, para los entes de control esta aplicación normativa carece de fundamento, teniendo en cuenta que al tratarse de un proceso

cuyo trámite se encuentra consagrado en norma especial, la aplicación normativa debe corresponder a la indicaba en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, que define:

“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 el 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”. (...) (Ley 610 de 2000. Art.9)

Es de anotar que esta discusión se entendió superada posteriormente, en virtud de la expedición de la Ley 1474 de 2011, pues el artículo 120 ibídem determinó al respecto, que las pólizas de seguros “por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, **prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9o de la Ley 610 de 2000.**”

En consecuencia, desde la entrada en vigencia de dicha normativa, la prescripción que opera frente a las aseguradoras en el procedimiento de responsabilidad fiscal, no puede desconocer lo dispuesto por la Ley 610 de 2000 en su artículo 9º.

Sin embargo, no quedó completamente superada la división de conceptos en los procedimientos iniciados con anterioridad a dicha ley, pues para esos procesos de responsabilidad fiscal subsiste la duda respecto de si la Contraloría está limitada por virtud del artículo 1081 del C. De Co., para declarar civilmente responsable a una aseguradora, en el marco de un procedimiento de responsabilidad fiscal.

La anterior situación, puede ser mejor considerada y posiblemente aclarada si analizamos la vinculación de las aseguradoras dentro del proceso de responsabilidad fiscal, tal y como se efectuará en el siguiente subtítulo.

### **3.2. Vinculación de las Aseguradoras dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal.**

Para iniciar a analizar la aplicación de las normas atinentes a la prescripción del contrato de seguro en el desarrollo procesal de la responsabilidad fiscal, resulta necesario revisar la vinculación del garante dentro de este tipo de proceso, la cual se realiza conforme el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, que reza:

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

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

De la norma anterior se entiende, que el concepto de tercero civilmente responsable alude a aquella persona que sin ser autor del daño patrimonial al Estado tiene una obligación de indemnizar los perjuicios, en este caso por la póliza extendida para amparar el bien o el contrato objeto del proceso.

Es importante mencionar que la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal surge en relación exclusiva con la póliza que constituye la garantía única (o de cumplimiento), señalada en el artículo 25 de la Ley 80 y 16 del Decreto 679 de 1994, y no operaría frente a otros tipos, como la garantía de seriedad de la propuesta, regulada por el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, por ser esta precontractual, ni sobre la garantía de responsabilidad civil frente a terceros, contenida en el artículo 17 del Decreto 679 de 1994. Esto, considerando que el objeto de la póliza de cumplimiento es el de respaldar la observancia de todas y cada una de las obligaciones que surjan a cargo de esta, con sujeción a los términos del contrato respectivo.

Así las cosas, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, estipula con claridad el alcance de la eventual responsabilidad que pueda derivarse en contra de la compañía de seguros, la cual sería

de estricto carácter civil, y no fiscal. Y, por tratarse de una póliza extendida a la entidad pública (amparo de bienes) o al particular (contrato estatal), dicha responsabilidad civil será de carácter contractual; disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-735 del 2003.

En cuanto a la vinculación del asegurador en el proceso de responsabilidad fiscal en virtud de las pólizas que se constituyen dentro del proceso contractual, el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación 25000-23-24-000-2004-00529-01, se refirió sobre lo siguiente:

“(…) 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. (…)

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.” (Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicación número 25000-23-24-000-2004-00529-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo)

Lo anterior explica, que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, resultaría desproporcionado si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas, de tal forma que, 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.

En cuanto a la finalidad de la vinculación del asegurador dentro del proceso de responsabilidad fiscal el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de marzo de 2010, señaló:

“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.” (Sentencia del 18 de marzo de 2010, radicación 25000-23-24-000-2004-00529-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

De esta forma, el objeto de comunicar la vinculación a la compañía de seguros, es simplemente la de ser un tercero interesado en el resultado del proceso, quien tiene derecho a intervenir en la medida que tiene legitimado un interés patrimonial en el mismo, que lo puede afectar. En este contexto, al disponer el legislador el llamamiento de la aseguradora dentro del proceso de responsabilidad fiscal, lo hace en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado, pues esta vinculación se encuentra dirigida a que el asegurador desempeñe un papel de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público de gestión fiscal, por el contrato y/o el bien amparado por una póliza.

La vinculación del garante dentro del proceso de responsabilidad fiscal está determinada por el riesgo amparado, su defensa dentro de este proceso se encuentra garantizada, pues dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para que pueda oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones del ente de control; y, su vinculación 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. (Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.)

Dentro de esta concepción, la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales, han venido determinando la vinculación de las aseguradoras en los procesos fiscales bajo el entendido de la aplicación del término de prescripción del contrato de seguro conforme el mismo plazo de prescripción del proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo a lo indicado por la Ley 610 de 2000, que es una legislación de orden público, y por ende, prevalece sobre las disposiciones del Código de Comercio, toda vez que en este caso, el contrato de seguros no se discute en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, sino dentro del procedimiento de responsabilidad fiscal, el cual se encuentra normado por un ordenamiento especial.

Es claro que no resultaba lógico para los entes de control, concluir que el procedimiento fiscal que se ha regido por la Ley 610 de 2000, en lo que atañe a la prescripción del contrato de seguros, sí debía aplicar las normas del Código de Comercio., pues esta postura implicaba dejar sin efectos la competencia de las contralorías para ejercer su función constitucional dentro del proceso fiscal, máxime cuando este se rige por la ley especial (Ley 610 de 2010), que prevalece sobre la ley general (Código de Comercio), de acuerdo con lo que se expondrá en el siguiente subtítulo.

### **3.2 Principio de Especialidad. La Ley Especial (Ley 610 de 2010) prevalece sobre la Ley General (Decreto 410 de 1971 Código de Comercio).**

Respecto del principio de especialidad normativa, Bobbio en su libro Contribución a la Teoría del Derecho, se refiere a la materia regulada, al contenido de la norma (Bobbio, 1990, p. 410), y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género (Bobbio, 1960, pág. 100).

Una exposición diferente del presente principio es la aportada por Ennecerus, Kipp y Wolff, que definen el Derecho Especial como aquel que se contrapone al Derecho General, es decir, el “que se aparta de la regla general y es relativo a clases especiales de personas, cosas y relaciones”. Su esencia consiste en que “aparta a esas clases determinadas de la esfera de imperio de una regla general [...], para someterlas a una disposición especial, formando así un Derecho Especial, un *ius proprium* de esas clases, que diverge del *ius commune* aplicable a los demás”. (Ennecerus, Kipp y Wolff, 1953, pág. 182-183)

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Ley 57 de 1887, en su artículo 5°, estableció claramente que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De este precepto normativo se puede determinar adicionalmente, que si se tienen dentro del análisis dos normas especiales, de las que una por su contenido y alcance, se reviste de mayor especialidad, esta prevalece sobre la otra. Por lo tanto, no siempre que se consagra una normativa posterior que contenga un sentido contrario al de una anterior resulta ésta derogada, toda vez que deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año.

El artículo 3 de la Ley 153 de 1887, señala:

“**ARTÍCULO 3.** Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.”

Así mismo, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, consagra en su tenor:

“**ARTICULO 5o. PENAS EN LA LEY CIVIL.** Pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita, contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por su violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas.”

Sobre este asunto, la Corte Constitucional en Sentencia C-005 del 18 de enero de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, indicó que la Ley 57 de 1887, estableció con claridad

que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, exponiendo claramente lo siguiente:

“De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año.” (Corte Constitucional, Sentencia No. C-005 del 18 de enero de 1996. Ref.: Expediente D-896, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

En este caso expuesto por la Corte Constitucional, tenemos que para que la disposición demandada pudiera entenderse derogada, con arreglo a los precedentes principios, por la consagrada en el actual artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, se requeriría que esta última disposición así lo hubiera declarado (derogación expresa) o que, siendo ambas de la misma especialidad, resultaran entre sí incompatibles, por lo cual se preferiría la especial posterior (derogación tácita), o que mediante el precepto invocado se hubiera regulado íntegramente la materia.

De la misma forma, la Corte Constitucional en Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, Expedientes D-11213, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá D.C., señaló sobre el asunto:

“(…) 6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (lex superior

derogat inferiori); **(ii)** el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (lex posterior derogat priori); y **(iii)** el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (lex specialis derogat generali). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.

Sobre el criterio de especialidad, se destacó en la Sentencia C-451 de 2015, que el mismo “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”. Respecto al alcance del criterio de especialidad, en el mismo fallo se trajo a colación lo dicho por la Corporación en la Sentencia C-078 de 1997, al referirse esta al carácter especial de las normas tributarias y su aplicación preferente sobre las normas del anterior Código Contencioso Administrativo.” (Corte Constitucional, Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, Expedientes D-11213, Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá D.C.)

En relación con este principio de especialidad, la jurisprudencia constitucional ha destacado que se aplica entre normas de igual jerarquía, sin que este principio tenga cabida entre preceptos de distinta categoría, como es el caso entre una la ley ordinaria y una ley estatutaria, o entre la Constitución y la ley en general, pues en tales eventos es claro que prevalece y se aplica siempre la norma superior.

Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, considerando que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor

amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra.

Considerando lo expuesto, para la presente investigación se resalta que frente a la controversia respecto de la aplicación de dos normas, la primera es el Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio, específicamente en lo relacionado con la aplicación del artículo 1081, el cual regula los términos de prescripción del contrato de seguro; y, la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, que en su artículo 9 establece los términos de prescripción y caducidad de la acción fiscal; en virtud del principio de especialidad normativa debe prevalecer la ley 610, en razón a que la misma es la que específicamente determina los parámetros de regulación del proceso de responsabilidad fiscal y la vinculación del tercero civilmente responsable, para el caso de las aseguradoras, a través de las pólizas de seguros.

Para dar continuidad al análisis del objeto de la investigación, pro seguiremos con un análisis jurisprudencial de los casos estudiados por el Consejo de Estado sobre la materia y se verificará los fundamentos y decisiones adoptadas al respecto, de tal forma, que a partir de allí se pueda definir una propuesta para el presente trabajo de investigación.

### **3.3 Posición jurisprudencial del Consejo de Estado frente al término de prescripción del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal.**

El Consejo de Estado antes y después de la promulgación de la Ley 1474 de 2011 ha mantenido la posición de que el término de prescripción que debe aplicarse en el caso del contrato de seguro de responsabilidad en el trámite del proceso fiscal es el señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Uno de los primeros precedentes del desarrollo jurisprudencial que consolida la posición del Consejo de Estado, es la sentencia del 18 de marzo de 2010, con ponencia del consejero Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. En esta oportunidad, el Consejo de Estado deja en claro que al ser el garante un tercero del que se le predica una responsabilidad

civil, sólo puede aplicársele la normatividad civil y no la relativa a la responsabilidad fiscal, así como también indica lo siguiente:

(...) puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable

(...) Por no tratarse entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C. Co y no el término señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A, para vincular al garante como civilmente responsable (Consejo de Estado sentencia del 18 de marzo de 2010. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)

En efecto, la Sección Primera optó por acoger los límites temporales previstos en el artículo 1081 del C. de Co. y, por consiguiente, colegir que la “prescripción” implica la declaratoria de responsabilidad civil de la referida persona jurídica, dentro de los 2 años siguientes de la ocurrencia del hecho o de la expedición del auto de apertura del procedimiento de responsabilidad fiscal.

La posición del Consejo de Estado ha diferido de lo señalado por el legislador en la Ley 610 de 2000 y ha indicado que al tener la aseguradora el carácter de ser civilmente responsable y no investigado como gestor fiscal, la normatividad que le aplica es la norma civil y por ende el término de prescripción que le aplica a éste es el general señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio (Consejo de Estado. Sentencia del 18 de marzo de 2010. C.P. Rafael E. Osteau de La Font Pianeta).

Ahora bien, al no existir claridad frente a la calidad que tiene el asegurador dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado le recuerda a la Contraloría que éste no es un sujeto de Derecho Público, sino que por el contrario tiene la calidad de interviniente en el proceso de responsabilidad fiscal como tercero llamado a responder en virtud de un contrato de seguro suscrito con anterioridad, más ello no significa que deba sujetarse a lo reglado por normas que son ajenas al régimen que lo regulan, es decir al Derecho Privado y más exactamente al Derecho Comercial. En sentencia del 17 de junio de 2010, Expediente 00654-01, el Consejo de Estado reitera que la aplicación del término de prescripción del contrato de seguro es el señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Además de ello aclara la procedencia de éste y su diferencia con el término de prescripción de la responsabilidad fiscal, a saber:

“Conviene reiterar sobre este tema que el término de esa prescripción es distinto al término de la vigencia de la póliza, que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante y asegurador, y que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o de que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso es la Contraloría General de la República tenga conocimiento de su ocurrencia” (Consejo de Estado. Sentencia del 17 de junio de 2010. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)

En el año 2014, aún después de proferida la Ley 1474 de 2011 que señala con claridad la operancia del término de prescripción de cinco (5) años en las pólizas de responsabilidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mantiene, en sus pronunciamientos, la posición de que el término de prescripción es el señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio, tal y como puede observarse en el siguiente aparte:

“Pues bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 1081 del C. de Co., para efectos de calcular el término de prescripción atinente a la responsabilidad civil de la Compañía de Seguros, en los términos del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la Sala reitera que dicha norma si es pertinente al tema, acudiendo a lo señalado por la jurisprudencia de esta Sección en Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente 2004 – 00529 – 01 M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta (...)

(...) es claro, entonces, que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal. (...)

(...) Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 ibídem para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso” (Consejo de Estado. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno)

La anterior teoría, vuelve a ser reiterada en el año 2015 por el Consejo de Estado, quien continúa considerando acertada la aplicación de la procedencia del término de prescripción indicado en el artículo 1081 del Código de Comercio respecto de las aseguradoras vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal, como puede observarse:

(...) no cabe duda alguna en cuanto a que el término de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C. Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon (Consejo de Estado. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. C.P. María Claudia Rojas Lasso)

Sobre el punto, es necesario precisar que el Consejo de Estado desde el año 2010 ha acuñado una tesis, según la cual la limitación temporal de las normas del Código de Comercio sí aplica, aun cuando aquellas no vayan en consonancia con la Ley 610 de 2000.

A partir del 07 de junio de 2018, la posición que conservaba el Consejo de Estado frente a los casos que esta Corporación conocía respecto de la operancia de la prescripción del contrato de seguro en el caso de la responsabilidad fiscal deja de ser la relatada y se exponen cambios fundamentales. Sin embargo, es importante resaltar que estos pronunciamientos que referían la aplicación del artículo 1081 de la norma comercial, si bien se efectuaron con

posterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011, los hechos que dieron lugar al inicio de estos procesos judiciales concurren con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 120 de la Ley ibídem.

Ahora bien, dentro del presente análisis jurisprudencial encontramos que el 07 de junio de 2018, la Sala Quinta del Consejo de Estado al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 10 de abril de 2013 por la Sección Primera, Subsección “C” en descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expuso diferentes argumentos sobre la tesis de prescripción del contrato de seguro en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, resaltando que en virtud de la Ley 1474 de 2011, la discusión sobre este tema **“quedó totalmente zanjada”**, teniendo de presente que el artículo 120 ibídem resuelve toda duda respecto a que **“las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9o de la Ley 610 de 2000.”**

Así mismo, mencionó esta Corporación en la sentencia referida anteriormente, que en los procedimientos iniciados con anterioridad a la Ley 1474 de 2011, subsiste duda en cuanto a si la Contraloría está limitada conforme el artículo 1081 del C. Co, para declarar civilmente responsable a una aseguradora, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal.

Para la Sección Quinta, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado sobre el punto de la prescripción, no es acertada, en la medida en que, como pasará a explicarse, dicha postura torna en superflua la adquisición de un contrato de seguro para la protección del riesgo derivado de la declaratoria de responsabilidad fiscal, cuando quiera que algún agente estatal incurra en manejos inadecuados que propicien tal situación, pues carecería en la gran mayoría de situaciones, de vigencia para el cubrimiento de los daños que en virtud de estas se ocasionen. Lo anterior debido a que:

**“(…) 5.1** La Ley 610 de 2000 en su artículo 9º contempla que el ente de control fiscal cuenta con 5 años contados desde el auto de apertura para proferir una decisión, en firme, que declare la responsabilidad fiscal del funcionario. En ese mismo acto administrativo,

es donde se declara civilmente responsable a la aseguradora. Ello es así, ya que solo con la declaratoria de responsabilidad fiscal respecto del funcionario es que puede asegurarse que el riesgo amparado con la póliza se materializó.

En este orden de ideas, para la Sección no es posible aseverar que el hecho de que las aseguradoras se vinculen como terceros civilmente responsables al procedimiento de responsabilidad fiscal impone que la contraloría deba sujetarse a las normas del C. de Co. para adoptar una decisión frente a ellas, ya que esto desconocería que los términos de prescripción tienen una regulación explícita en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000. Tal y como en la actualidad lo evidenció el Estatuto Anticorrupción.

(...) **5.2** La postura jurisprudencial de la Sección Primera del Consejo de Estado, torna inane el contrato de seguro, pues en la práctica ello implicaría que la contraloría no contaría con los 5 años que le otorga la ley *ibídem*, sino que debería adoptar una decisión en el lapso de 2 años, so pena de que la póliza de seguros prescriba. Lo que es bastante poco probable que ocurra.

Este razonamiento, no solo pone en riesgo el control fiscal que en lugar de fortalecerse por la existencia de la póliza se ve, **paradójicamente**, debilitado, pues las contralorías, contrario al mandato de la Ley 610, deberán expedir una decisión antes de 2 años, so pena de que la garantía que se contrató, precisamente, para resarcir el daño causado, se declare “prescrita”.

En otras palabras, no tendría sentido que las entidades públicas contraten pólizas de seguros para tratar de mitigar los riesgos derivados de la declaratoria de responsabilidad fiscal, pues casi siempre la decisión se proferiría cuando aquella esté prescrita y la finalidad que tuvo al celebrar dicho negocio jurídico se desdibujaría, pues solo se lograría si el ente fiscal profiere una decisión supremamente rápida.

(...) **5.3** Ahora, no escapa a la Sala que la “prescripción” regulada por el artículo 1081 del C. de Co. se refiere a “las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen”.

En este contexto, resulta relevante recordar que el procedimiento de responsabilidad fiscal, en el marco del cual se declara civilmente responsable a las aseguradoras, tiene

naturaleza administrativa y no judicial<sup>6</sup>, y, por tanto, su declaratoria no está limitada por los plazos a los que se refiere dicha norma, en la medida en que no se trata del ejercicio de una “acción”, sino de la expedición de un acto administrativo que declara la responsabilidad del agente estatal -fiscal- y de la aseguradora -civil-.

Entonces, si no puede entenderse que el funcionario declarado fiscalmente responsable ha sido objeto de “acción”, por ausencia de “proceso judicial”, en el marco de un procedimiento de responsabilidad fiscal, **tampoco puede entenderse lo anterior respecto de la decisión administrativa declarativa de la responsabilidad civil de la aseguradora.**

Aceptar la tesis contraria, implicaría consentir que la póliza de seguros pierde su objeto primordial en el proceso de responsabilidad fiscal, esto es, “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.” (Consejo de Estado. Sección Quinta del 07 de junio de 2018. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Expediente: 2114233-25000-23-24-000-2009-00287-01.)

En síntesis, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, en los procesos de responsabilidad fiscal que iniciaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, no es posible contabilizar los términos de prescripción con las normas del Código de Comercio, en razón a que la “acción fiscal” no corresponde propiamente a una acción, sino que es en realidad un procedimiento que tiene naturaleza claramente administrativa”, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional en Sentencias SU-620 de 1996, C-619 de 2002 y T-151 de 2013, en las que hace alusión a que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es estrictamente administrativa, porque juzga la conducta de una persona que ejerce funciones públicas, conforme al incumplimiento de sus deberes funcionales o por realizar actuaciones irregulares que afecten el patrimonio estatal, conforme puede vislumbrarse en lo siguiente:

“Cabe destacar que este tipo de responsabilidad -la fiscal- se establece mediante el trámite de un proceso eminentemente administrativo, inicialmente regulado en la Ley 42 de 1993

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-484 de 2000 y C-619 de 2002

para el ámbito financiero y después en la Ley 610 de 2000 para todos los casos, definido como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que, con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso, le compete adelantar a las contralorías a fin de determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. A través del mencionado proceso, se persigue pues una declaración jurídica mediante la cual se defina que un determinado servidor público, ex-servidor o particular, debe responder patrimonialmente por la conducta dolosa o culposa en la realización de su gestión fiscal.” (Sentencia C-619/02 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, ocho (8) de agosto de dos mil dos (2002), Bogotá, D.C.)

Así mismo, en la Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, la Corte Constitucional hizo referencia a las principales características que identifican el proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

“(…)

a) Es un proceso de naturaleza administrativa, en razón de su propia materia, como es el establecimiento de la responsabilidad que corresponde a los servidores públicos o a los particulares que ejercen funciones públicas, por el manejo irregular de bienes o recursos públicos. Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías, departamentales y municipales.

b) La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal. (...)

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una

finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. (...)

d) A lo anterior se agregó en dicho fallo que la responsabilidad fiscal “es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa (...)” (Corte Constitucional. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

En consecuencia con la jurisprudencia anteriormente expuesta, queda claro para la presente investigación que la Sala Quinta del Consejo de Estado, transforma a través de argumentos certeros la posición que hasta la fecha había sido adoptada por la Sección Primera de esta Corporación, dejando entrever sin duda alguna, que el término de prescripción que debe aplicarse para las pólizas de seguro mediante las cuales se realiza la vinculación de las aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, no es la definida por el artículo 1081 del C. Co., sino la prevista en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, en razón a que la declaratoria de responsabilidad civil no es una acción propiamente dicha, sino la manifestación de la voluntad de la administración inmersa en un acto administrativo.

Indicó adicionalmente el Consejo de Estado en la sentencia referida anteriormente, que la contraloría no actúa como parte del contrato de seguros, sino como defensora de los recursos públicos, y por ello, los términos de prescripción del C. de Co. no pueden serle exigibles. Para el efecto, explicó, además, la importancia de la gestión adelantada por la contraloría para la recuperación del patrimonio del Estado.

Desde otro punto, expuso también esta Corporación en la Sentencia del 07 de junio de 2018, que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, fue objeto de control constitucional mediante sentencia C-648 de 2002, en la cual se dispuso que la vinculación de los garantes no vulnera la Constitución Política; por el contrario, lo que se busca es:

“(…) que la garantía proteja el interés general, en la medida en que permite 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.”

Es significativo rotular que la vinculación de la compañía de seguros no se realiza en calidad de responsable fiscal, sino en calidad de tercero civilmente responsable, de forma que aquella pese a hacer parte del procedimiento y tener las mismas prerrogativas que tendrían las partes, **no compromete su responsabilidad fiscal.**

De la anterior interpretación jurisprudencial en relación con el término de prescripción del contrato de seguro en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, se entiende que el Consejo de Estado con la sentencia del 07 de junio de 2018, modificó su línea de interpretación desvirtuando los argumentos inicialmente emitidos y ratificados por la Sección Primera de la misma Corporación, especialmente en lo concerniente a los procesos adelantados con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011, pues con esta, la duda fue resuelta, teniendo en cuenta que en su artículo 9 indica que “las pólizas de seguro por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la ley 610 de 2000”, esto es en cinco (5) años y no como lo señala el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ahora bien, con el fin de mostrar la aplicación normativa que realiza la Contraloría Departamental del Caquetá, sobre el término de prescripción del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal y la interpretación que al respecto ha dado, se mostrará a continuación al lector un análisis de casos pertenecientes a este ente de control.

### 3.4 Análisis de casos de procesos de responsabilidad fiscal de la Contraloría Departamental del Caquetá (2012 – 2018)

La Contraloría Departamental del Caquetá, como ente de control fiscal de conformidad con la Resolución No. 023 del 6 de febrero de 2014 “Por medio de la cual se consolidan y determinan los sujetos y puntos de control” tiene en su radio de acción 42 sujetos de control y 227 puntos de control en el Departamento del Caquetá, entendiéndose por los primeros “cualquier entidad pública, persona jurídica o natural privada que maneje recursos o bienes del Departamento del Caquetá o los municipios” y por los segundos “la unidad básica de gestión fiscal con autonomía administrativa, presupuestal o contractual, perteneciente a un órgano o persona jurídica al cual debe reportar su gestión, en primera instancia, a fin de que sea consolidado por el órgano o entidad al cual pertenece”.

Dicho ente de control fiscal después de la promulgación de la Ley 1474 de 2011, ha mantenido en sus casos, la operancia del término de prescripción de cinco (5) años según lo señalado por el artículo 120 de la norma en comento. La relación de casos según lo consultado en dicha entidad es la siguiente:

**Tabla No. 2. Procesos con fallos de responsabilidad fiscal que se acogen al término de prescripción de cinco (5) años señalados en el período 2012 – 2018**

	VIGENCIA 2012	VIGENCIA 2013	VIGENCIA 2014	VIGENCIA 2015	VIGENCIA 2016	VIGENCIA 2017	VIGENCIA 2018
Cant. Fallos	1	13	27	34	33	30	8
Asume prescripción ordinaria de 2 años (Decreto 410 de 1971)	0	0	0	0	0	0	0
Asume prescripción ordinaria de 5 años (Ley 610/2000)	1	2	11	15	19	9	2

según art. 120 Ley 1474/2011)							
-------------------------------------	--	--	--	--	--	--	--

**Fuente:** Contraloría Departamental del Caquetá (2019).

De acuerdo con la Contraloría Departamental del Caquetá en la vigencia 2012 – 2018 se han fallado con responsabilidad fiscal un total de ciento cuarenta y seis (146) procesos de los cuales cincuenta y nueve (59) han acogido la postura según la cual el término de prescripción que opera es el señalado en el artículo 9 de la ley 610 de 2000 según el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. En los restantes procesos la Contraloría no tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación. Estos fueron sus argumentos a saber:

(...) de los 146 procesos fallados, 59 sostienen la postura según la cual se asume la prescripción ordinaria de 5 años contemplada en el art. 9 de la Ley 610 de 2000 según art. 120 Ley 1474 de 2011 y en los restantes 87 procesos no se observa postura alguna debido a que en dos (2) procesos los argumentos de la Aseguradora fueron allegados extemporáneamente, en dos (2) procesos no fueron tenidos en cuenta los argumentos de defensa de dichos garantes, en diez (10) procesos no se vinculó a ningún garante, en seis (6) procesos las aseguradoras no presentaron argumentos de defensa, y en cincuenta y cinco (55) procesos las Compañías Aseguradoras no se pronunciaron sobre la prescripción ordinaria de 2 años contemplada en el Decreto 410 de 1971. Como se puede precisar en ningún momento este ente de control asumió la postura de conceder la prescripción del contrato de seguro en los términos establecidos en el decreto 410 de 1971. (...). (Contraloría Departamental del Caquetá, 2019, p. 1-2)

A continuación, se señalará por vigencias cuales fueron los argumentos señalados por la Contraloría Departamental del Caquetá en los casos donde se pronuncia respecto de la procedencia del término de prescripción señalado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

En el año 2012, la Contraloría Departamental del Caquetá falla con responsabilidad fiscal dentro del expediente 536 el 4 de diciembre de 2012. En dicho caso la aseguradora solicita se le desvincule del proceso de responsabilidad fiscal como tercero civilmente

responsable, argumentando que ya había obrado la prescripción de su contrato de seguro. La Contraloría aplicando lo señalado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, expresa su posición sobre que el término que aplica para el caso de la prescripción del contrato de seguro en el caso de los procesos de responsabilidad fiscal es de cinco (5) años y no como señala el artículo 1081 del Código de Comercio, a saber:

(...) de acuerdo con ésta última normatividad vigente, específica y aplicable a la clase de proceso que nos ocupa, el contrato de seguros prescribiría en cinco (5) años a partir del auto de apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal y no en dos (2) años, contados a partir del conocimiento del siniestro como lo alegó en su oportunidad procesal el apoderado de Colseguros S.A. Esta conclusión se logra a partir de la remisión que hace el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 al artículo noveno de la Ley 610 del 2000, el cual depreca en su parte literal b) que: “(...) 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 (...)” (Contraloría Departamental del Caquetá, 2012)

A diferencia de la posición adoptada por el Consejo de Estado, la Contraloría Departamental del Caquetá asume y aplica el término señalado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de proteger el patrimonio del Estado en los procesos de responsabilidad fiscal.

En el año 2013 la Contraloría aludida confirma su posición en los expedientes 519 y 600. En el primer caso (expediente 519) el asegurador alega que ha operado la prescripción señalada en el artículo 1081 del Código de Comercio. El argumento en el que se basa la aseguradora se refiere a que la apertura del proceso y su vinculación como garante se presenta el 25 de septiembre de 2008, y dado que la apertura del presente proceso es anterior a la Ley 1474 de 2011, no le resulta aplicable el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, por no haberse proferido ésta.

Al respecto la Contraloría responde que en el caso analizado es procedente lo indicado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, toda vez que el término de prescripción para el caso del proceso de responsabilidad fiscal inicia a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, que en todo caso es de cinco (5) años según lo señalado en el artículo 9° de

la Ley 610 de 2000, por lo que en el caso sub examine “(...) las diligencias fiscales se abrieron el 25 de septiembre de 2008 y los 5 años irían hasta el 25 de septiembre de 2013, por lo que no es válido ni legítimo declarar la prescripción solicitada por el apoderado de la Compañía de Seguros La Previsora S.A”. (Contraloría Departamental del Caquetá, 2013).

En el expediente 600, la aseguradora aduce un argumento similar al caso precedente e indica que:

(...) ha operado la prescripción del 1081, dado que la apertura es de 21 de abril de 2009 y a la fecha han transcurrido más de dos años sin que haya sentencia ejecutoriada que la interrumpa.

En el caso de autos, el Consejo de Estado en las diferentes providencias ha sido claro que el 1081 del código de Comercio, opera, no es ajeno ni extraño al proceso de responsabilidad fiscal, tal vez la única duda es desde cuando opera, si desde el hecho, si desde el hallazgo fiscal o si desde el auto de apertura, y para ser benévolo con la contraloría si tomamos desde el auto de apertura. La prescripción en este caso había operado, y no puede ser desconocida arbitrariamente por la contraloría dado que es una norma de orden público de obligatorio acatamiento (La Previsora, 2013)

La interpretación que al respecto realiza la Contraloría, permite inferir que el término de prescripción de la póliza de seguros y las acciones que se derivan de ésta, se determina a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, con el que se vincula al garante en calidad de tercero civilmente responsable. La respuesta dada por la Contraloría en este caso, así lo confirma, ya que señala que (...) las presentes diligencias fiscales se abrieron el 21 de abril de 2009 y los 5 años irían hasta el 20 de abril de 2014, por lo que no es válido ni legítimo declarar la prescripción solicitada por el apoderado sustituto de la Compañía de Seguros La Previsora S.A (Contraloría Departamental del Caquetá, 2013).

En el año 2014 existieron varios pronunciamientos de la Contraloría respecto del término de prescripción de gran importancia. El primero de estos, proveniente del expediente 586, la Contraloría dando respuesta a requerimiento de la aseguradora respecto de la prescripción del contrato de seguro indica que la finalidad de la expedición del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, fue precisamente la de cerrar la discusión frente al término de prescripción

del contrato de seguro y las acciones que dé él se desprenden en el caso del proceso de responsabilidad fiscal, a saber:

“El legislador contempló este término en la Ley denominada “Estatuto Anticorrupción”, debido al sin número de dificultades presentadas con ocasión a la aplicación del régimen especial de prescripción, contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual fue reconocido en el fallo del Concejo de Estado.

Es preciso advertir, que sobre la prescripción de las pólizas en las cuales se establecía que en los casos ordinarios era de dos (2) años contados a partir del momento en que el interesado hubiera tenido o debido tener conocimiento del hecho que daba base a la acción y en los extraordinarios era de cinco (5) años, los cuales se contabilizaban desde el momento en que nacía el respectivo derecho, inclusive el Honorable Consejo de Estado, en diferentes pronunciamiento expresó que por tratarse de una acción derivada del contrato de seguros, era aplicable la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio y no el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, teniendo en cuenta que el término previsto en el artículo 1081 del citado código, no se compadecía con la realidad procesal, acierta el legislador al expedir la Ley 1474 de 2011, e incluir en ella el término de cinco (5) años para la prescripción de las pólizas, como ya se mencionó.

Conforme a lo expuesto se concluye el Ente de Control Fiscal que el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, siempre ha sido de cinco años, término que generó dudas y que ahora ya no se presentan, toda vez, que el legislador las aclaró, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 (Contraloría Departamental del Caquetá, 2014)

Aun así, de la posición del Consejo de Estado se infiere que la discusión sobre el término de prescripción del contrato de seguro en el caso de la responsabilidad fiscal, aún no ha sido terminada ni aun con la expedición de la Ley 1474 de 2011, toda vez que este alto tribunal aún mantiene su línea jurisprudencial de que es procedente el término de prescripción señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio y no el señalado en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, en atención a que el asegurador tiene la calidad de tercero civilmente responsable.

En el expediente 637 del año 2014, la Contraloría indica que la razón de que se extienda el término de prescripción del contrato de seguro es la relación que tiene el garante como tercero civilmente responsable frente al responsable fiscal, de responder por los hechos que generen la responsabilidad fiscal. No es de recibo para el ente de control que el asegurador desestime el objeto de su contrato y deje a la deriva sus obligaciones para con el Estado. De ahí que el mismo legislador buscará evitar ello con la adopción de un término de prescripción del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal acorde con la especial connotación de éste y con la intención de garantizar el resarcimiento efectivo del daño patrimonial causado.

Asimismo, y de acuerdo al principio de la economía procesal, la ampliación del término de prescripción es una forma de garantizar que el tercero civilmente responsable concorra en defensa de sus intereses y de aplicación a su derecho a la defensa y debido proceso ante una posible responsabilidad fiscal. Al respecto la Contraloría en el expediente 685 del año 2014, indica lo siguiente:

(...) sobre la figura jurídica de la prescripción, se debe precisar que, en relación con el instituto jurídico del Tercero Civilmente Responsable, puede indicarse, brevemente, que este se contrae a aquel que se encuentra llamado a responder civilmente por las consecuencias del hecho de otro, en nuestro caso, el hecho generador de responsabilidad fiscal. Por supuesto, tal como lo prevé la norma en mención, el vinculado en calidad de tercero civilmente responsable goza de todas las garantías consustanciales al derecho fundamental al debido proceso, que le permitan ejercer con plenitud sus derechos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal (Contraloría Departamental del Caquetá, 2014)

En el expediente 864 de 2014 se reitera esta posición y se adiciona, que debe entenderse que el término de prescripción se ajustó con la Ley 1474 de 2011 a lo señalado en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, para de esa manera igualar los términos de prescripción de la responsabilidad fiscal y del contrato de seguro y así ampliar la cobertura del mismo por el mismo término.

En el año 2015, la Contraloría en el expediente 727 (y en los casos analizados en dicho año) reitera su posición de aplicabilidad del término de prescripción de la Ley 1474 de 2011 e

indica que éste “resulta ponderado y específico para los casos de las pólizas de seguros que amparen la gestión fiscal de los servidores públicos con miras a garantizar el bien jurídico tutelado que no es otro distinto que la protección del erario” (Contraloría Departamental del Caquetá, 2015).

En el año 2016, en el expediente 724 la Contraloría indica que la razón de ser de que el legislador optara por asumir un término de prescripción del contrato de seguro igual al señalado en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, fue la necesidad de evitar que las aseguradoras se desligaran de su obligación de resarcir los daños y de esa manera dejar sin efectos el contrato de seguro a saber:

“En consideración a la legislación comercial, las compañías de seguros y sus apoderados acudían al proceso de responsabilidad fiscal, solicitando la prescripción al amparo del mencionado artículo, lo cual hacía nugatorio el cumplimiento y aplicación de esta clase de pólizas, en detrimento del patrimonio del Estado inclusive haciendo inocuas e inermes la constitución de tales pólizas” (Contraloría Departamental del Caquetá, 2016)

Además de ello, el ente de control en el expediente 754 de 2016, indica que la nueva tesis señalada por el legislador en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción frente a la prescripción del contrato de seguro está acorde con el interés constitucional de protección del interés general reflejado en el uso adecuado del patrimonio del Estado a saber:

“Con la nueva legislación, se avala la tesis de la Honorable Corte Constitucional, señalando, que 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” (Contraloría Departamental del Caquetá, 2016)

En la vigencia 2017, en los 9 procesos de responsabilidad fiscal en donde el ente de control fiscal del Departamento del Caquetá tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la prescripción, añadió el estudio del principio de la especialidad de la ley insistiendo en que prevalece el artículo 9 de la ley 610 de 2000 y artículo 120 de la ley 1474 de 2011 sobre el artículo 1081 del Decreto 410 de 1971 indicando al unísono lo siguiente:

(...) “debe insistirse en este punto, que el apoderado de confianza de la Compañía de Seguros, interpreta incorrectamente el contenido de las disposiciones aludidas en los arts. 9 de la ley 610 de 2000, y 120 de la ley 1474 de 2011. La aplicación del artículo 120 de la ley 1474 de 2011 en concordancia con el artículo 9 de la ley 610 de 2000 se debe a la aplicación del principio de interpretación de las normas consistente en la “especialidad de la ley” que en materia de prescripción frente al contrato de seguros definió la problemática que se venía presentado alrededor de este tema, la cual ha sido suficientemente debatida por este Despacho en otras oportunidades, y es que tal especialidad de las normas es lo que precisamente permite al operador jurídico al momento de aplicar las normas, interpretarlas de forma acertada, en efecto como se reitera del fallo recurrido, las compañías de seguros y sus apoderados acudían al proceso de Responsabilidad fiscal, solicitando la Prescripción al amparo del mencionado artículo, lo cual hacía nugatorio el cumplimiento y aplicación de esta clase de pólizas, en detrimento del patrimonio del Estado inclusive haciendo inocuas e inermes la constitución de tales pólizas, por ello acierta el legislador en el “Estatuto Anticorrupción”, al instituir el término de cinco (5) años, el cual resulta ponderado y específico para los casos de las pólizas de seguros que amparen la gestión fiscal de los servidores públicos con miras a garantizar el bien jurídico tutelado que no es otro distinto que la protección del erario” (...).(Contraloría Departamental del Caquetá, 2017)

Finalmente, en el año 2018 la contraloría aludida sólo pudo pronunciarse en dos de los ocho procesos fallados, aseverando de igual manera que el término que debe aplicarse en materia de prescripción es el de 5 años contemplado en el artículo 9 de la ley 610 de 2000, tal y como se extracta a continuación:

“Conforme la expedición de la anterior norma, se estableció que las pólizas de seguros por las cuales se vincula a una Compañía de Seguros como tercero civilmente responsable, prescribirá en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000; esto es, en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de responsabilidad fiscal y no a partir del hecho, donde a la fecha han transcurrido más de 5 años. El legislador contempló este nuevo término en el “Estatuto Anticorrupción”, debido a las dificultades presentadas, con ocasión de la aplicación del régimen especial de prescripción contenido en el Artículo 1081 del Código de Comercio, el cual fue

reconocido mediante pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado”.  
 (...).(Contraloría Departamental del Caquetá, 2018)

De los casos consultados se concluye que la Contraloría Departamental del Caquetá mantiene y aplica el término señalado por el legislador en el Estatuto Anticorrupción, tomando una posición tendiente a la protección amplia de los recursos públicos por encima de los intereses particulares de las aseguradoras. Aun así, persiste la inseguridad jurídica respecto de cual posición es la acertada, y más aún cuando dicho ente de control actualmente enfrenta tres demandas impetradas por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuestas por la Compañía de Seguros la Previsora S.A. radicadas el 18 y 19 de octubre de 2016, en el que fundamenta entre otras razones, que debe operar la prescripción del contrato de seguro de dos años a partir de la ocurrencia del hecho tal y como lo dispone el artículo 1081 del código de comercio, como pasa a mostrarse:

**Tabla No. 3. Medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que la Contraloría Departamental del Caquetá es demandada, entre otros, por la prescripción del contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal**

Ítem	Actos que solicita se declaren NULOS	Juzgado	No. Proceso	Fecha radicación	Estado
1	Fallo Fiscal No. 025 del 18 de mayo de 2016, el Auto No. 014 de fecha 14 de junio de 2016 y la Resolución No. 176 del 07 de julio de 2016	Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Florencia	18001-33-33-002-2016-00837-00	18/10/2016	A despacho para sentencia

2	Fallo Fiscal No. 026 del 27 de mayo de 2016, y Auto No. 015 del 15 de junio de 2016	Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Florencia	18001-33-33-002-2016-00838-00	18/10/2016	A despacho para sentencia
3	Fallo Fiscal No. 012 del 13 de abril de 2016 y Auto 007 del 29 de abril de 2016	Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Florencia	18001-33-33-001-2016-00851-00	19/10/2016	A despacho para sentencia

**Fuente:** Elaboración propia con base en la información consultada en página web de la Rama judicial a corte 26 de agosto de 2019.

Acorde con lo expuesto en el esquema, es claro que serán los estrados judiciales contencioso administrativos en el Departamento del Caquetá los que diriman la brecha de criterios hermenéuticos que distancian al ente de control y a la aseguradora, no obstante, en este ejercicio académico se pretende interpretar la norma a aplicar, por lo que a continuación se hará un análisis del panorama hasta aquí estudiado para poder arribar a una propuesta de solución.

### **3.5 La ley 1474 de 2011 vs Decreto 410 de 1971: ¿prescripción de dos o de cinco años?**

El tema de la presente investigación se suscita principalmente en la discusión que se zanja entre las Contralorías y las aseguradoras respecto a la interpretación que debe darse sobre la Ley 610 de 2000 y el Código de Comercio, en cuanto al término de prescripción para el contrato de seguro dentro del trámite del proceso de responsabilidad fiscal. Por ello en el presente acápite se analizará desde varias perspectivas esta problemática de diversidad normativa a efectos de determinar cuál sería la solución que debe adoptarse desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica.

La teoría general del Derecho, ha contemplado dentro de sus principios fundamentos, el principio de la jerarquía en los ordenamientos jurídicos. Este principio tanto de carácter formal como material, señala de acuerdo a la teoría kelseniana, la superioridad de una norma sobre la

otra, no solo por el órgano que la expide (criterio formal), sino por su contenido y lo que con ello se regula (criterio material) (Kelsen, 1982). Uno de los criterios que componen el principio de jerarquía normativa proveniente de la corriente Kelseniana, es el de la validez de la norma, de la que, se deriva la jerarquía de una norma sobre otra y su prevalencia de acuerdo al fin que persigue. En ese sentido lo describe Ruiz (1988), al señalar lo siguiente:

(...) la relación de fundamentación de validez entre una norma superior y una inferior puede ser vista también como fundamentación formal de la validez. Según tal significado, la norma superior es el fundamento de validez de la inferior no sólo por regular su modo de creación por lo que dice respecto de la validez de la inferior -, sino también, y, sobre todo, porque tiene capacidad o fuerza para regularlo – porque es válida y capaz de fundamentar la validez de la inferior -, es decir por su rango formal superior (Ruiz, 1988, p. 146)

En ese mismo sentido lo considera la Corte Constitucional en sentencia C – 488 de 1993, que indica frente al mismo lo siguiente:

Según el principio de jerarquía normativa, la validez de una norma dada depende exclusivamente de su respeto a lo dispuesto en las normas jerárquicamente superiores; de suerte que la validez de una norma dada depende exclusivamente de su compatibilidad con lo dispuesto en la Carta, y la de una regla jurídica de rango inferior por su no contradicción con lo dispuesto por ésta. El principio hermenéutico en comento, permite zanjar las dificultades entre la eficacia de una norma frente a las exigencias de otra del mismo rango, sea que se ocupen de la misma materia o de materias distintas. En todo el principio, se parte de la necesidad de lograr la vigencia de toda la Constitución, más que de un solo precepto de la misma; lo que lleva al intérprete a realizar un esfuerzo de integración, de establecer la compatibilidad entre los distintos preceptos superiores (C – 488 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Para el caso concreto, la regulación de la responsabilidad fiscal, encuentra su fundamento en la Constitución Política de 1991, tal y como se deriva del marco jurídico analizado a lo largo de este documento. De ahí que todas las normas que regulen dichas disposiciones constitucionales, deban entenderse como superiores frente a otras que indirectamente regulan el tema.

Lo anterior se refleja en el caso de las pólizas de seguro de los procesos de responsabilidad, teniendo en cuenta que si bien su desarrollo normativo está inmerso en el Código de Comercio y este, es el marco legal en lo que le compete a la regulación del seguro de responsabilidad, se aleja de dicho tratamiento normativo en lo concerniente al término de prescripción de las pólizas que se vinculan a las acciones de la responsabilidad fiscal, en atención a que las normas superiores y especiales como lo son la Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011, desarrollan el tema en lo que respecta a los seguros relacionados en los procesos de responsabilidad fiscal, dejando inaplicable lo señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ello por supuesto, no quiere decir que las disposiciones del término de prescripción enunciados en el Código de Comercio sean nulas, por el contrario, son necesarias y pertinentes para los casos del contrato de seguro en términos generales, pues una excepción de su aplicación corresponde a aquellas que sean vinculadas a los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las Contralorías, toda vez que en estos asuntos específicos, tiene vigencia en el ordenamiento jurídico otra regulación de mayor jerarquía que el Código de Comercio y revestida de especialidad, esto es, la Ley 610 de 2000 y su modificación establecida en la Ley 1474 de 2011. Lo anterior, principalmente porque lo que atañe a la responsabilidad fiscal y toda su regulación se desprende directamente de preceptos constitucionales, lo que hace de su regulación de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, de mayor superioridad; y, del principio de especialidad, que prevalezca sobre la general.

Materialmente la protección del erario se encuentra íntimamente ligado con la protección del interés general. Luego entonces sería un desacierto aceptar la posición jurisprudencial de la Sección Primera del Consejo de Estado en pro de la protección de derechos e intereses privados de los aseguradores que son llamados como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal. Ello sería reconocer que priman sus derechos por encima del resarcimiento del patrimonio público, posición de por sí inaceptable desde todo punto de vista y reajustada por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

La Contraloría General de la República, difiere de la posición adoptada por la Sección Primera del Consejo de Estado y al respecto indica lo siguiente:

(...) En ese sentido consideramos que el honorable Consejo de Estado parte de una premisa equivocada al considerar que por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría pasa a ocupar el lugar de beneficiario de la póliza y por ende se encuentra habilitada para iniciar una acción paralela o especial, diferente a la fiscal para hacer efectivo ante la aseguradora el amparo contratado, razón por la que concluye que en el caso del garante vinculado como tercero civilmente responsable fiscal le es aplicable el término de prescripción contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio.

La interpretación que en este sentido hace el honorable Consejo de Estado, le da un alcance a la norma no previsto por el legislador, pues el fin y el espíritu de la misma solo pretende que en el proceso de responsabilidad fiscal se pueda vincular al garante, es decir que al igual que la denuncia del pleito, la coadyuvancia y el llamamiento en garantía la vinculación del garante también se convierta en una modalidad de intervención de terceros en el proceso, que permita la acumulación de acciones y representa la concreción del principio de economía, al permitir que dos conflictos puedan resolverse por la misma actuación (...) (Contraloría General de la República, 2010, p. 5)

Luego entonces la dicotomía que existe entre estos dos términos de prescripción suscita una interminable discusión entre las Contralorías y las aseguradoras en relación con las pólizas de seguro vinculadas a los procesos de responsabilidad fiscal iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011, la cual hasta el momento no ha sido completamente resuelta. Gómez (2014) coincide con la posición adoptada por la Contraloría General de la República y al respecto indica que:

(...) a partir de la entrada en vigencia de la ley 1474, el plazo de prescripción y caducidad es de cinco años, contados desde la ocurrencia del hecho generador. Por lo tanto, los contratos de seguro que se suscriban con posterioridad al 12 de julio de 2011 están sujetos al término de caducidad de la acción de cinco años y no de dos, como lo sostuvo el Consejo de Estado (...) (p. 344)

La posición adoptada por el legislador en el año 2011, busca la protección del interés general y del patrimonio público, ya que al existir un contrato de seguro que lo ampare, es lógico

que la cobertura se extienda por el mismo término en que tiene la posibilidad el Estado de resarcir el daño que se deriva de la responsabilidad fiscal del deudor. De otra manera y al permitir que el término de prescripción aplicable, sea el señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio, podría darse un fallo de responsabilidad fiscal sin la posibilidad real de obtener un resarcimiento del daño ocasionado por el funcionario público en razón a que estaría prescrito el contrato de seguro que le amparaba.

En ese sentido lo considera también Bedoya al señalar que el término que señala el artículo 120 de la ley 1474 de 2011 es especial para los casos de responsabilidad fiscal, convirtiéndose en una excepción a la regla general de la prescripción del contrato de seguro, que señala el Código de Comercio, a saber:

“En materia de prescripción, debe señalarse que el artículo 120 de la ley 1474 de 2011 establece que las pólizas de seguros que sustentan la vinculación del asegurador al proceso de responsabilidad fiscal en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en el término de 5 años previsto en el artículo 9 de la ley 610 de 2000, constituyendo una clara excepción a la regla general estatuida por el artículo 1081 del Código de Comercio, que consagra una prescripción ordinaria de dos (2) años (típicamente subjetiva), que se computa desde que el interesado ha conocido o debido conocer el hecho que da base a la acción, esto es, en el caso de los eventos de responsabilidad fiscal, desde el conocimiento del acto, omisión u operación fraudulento en contra del erario” (Bedoya, 2015, p. 25)

Díaz por su parte, considera que lejos de que el legislador con la expedición de la Ley 1474 de 2011 hubiese zanjado la discusión, abrió la posibilidad de crear más dudas e inseguridades jurídicas respecto de la procedencia de la prescripción señalada en el artículo 1081 del Código de Comercio. Estos son sus argumentos:

(...) la norma no es clara. Si se tiene en cuenta que la prescripción que prevén las normas fiscales se cuenta desde la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, hasta el momento en que se profiera un fallo en firme y no desde la ocurrencia del hecho o su conocimiento, surge la pregunta respecto de la etapa anterior a la apertura del proceso.

Finalmente, debemos señalar que los procesos de responsabilidad fiscal generan profundos interrogantes procesales y situaciones jurídicas contradictorias. Por ejemplo, en el terreno del derecho administrativo pudo haberse consolidado la prescripción (allí aplican los 2 años del artículo 1081 del Código de Comercio), pero en el proceso de responsabilidad fiscal podría condenarse a la aseguradora por una obligación que ya se había extinguido. Igualmente, el asunto puede estar en discusión en un proceso contractual y simultáneamente la Contraloría tendría la potestad de adelantar el proceso, el cual es posible que culmine con decisiones opuestas al proceso judicial (Díaz, 2014, p. 198)

De estos antecedentes se puede derivar entonces que la comunidad académica en su mayoría concuerda con que el término de prescripción que opera en el caso del seguro de responsabilidad del proceso de responsabilidad fiscal, es el de cinco (5) años y no el de dos (2) años que indica el Código de Comercio.

Ello se debe a la particularidad, jerarquía y especialidad que tiene la ley 1474 de 2011 además de la importancia que tiene para los fines del Estado la protección de sus recursos, de lo que se deriva la imposibilidad de que opere un término de prescripción que sea desfavorable a los intereses del Estado, como sucedería si solo se tuviera en cuenta el término consagrado en el Código de Comercio, esto es el de dos (2) años.

Ahora bien, si se analiza desde el punto de vista del principio de especialidad, se justifica aún más la aplicación de las disposiciones en lo relativo al término de prescripción de los seguros en los procesos fiscales, regulados por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, respecto del Código de Comercio. Podría decirse que lo señalado en el Código de Comercio sobre el término de prescripción de las acciones relacionados con el contrato de seguro, es una ordenación de carácter general, y lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y 120 de la ley 1474 de 2011 es de carácter especial, y por ende, de aplicación preferente y exclusiva en el caso de la responsabilidad fiscal. Ello es lo que identifica Tardío (2003) al señalar que en este tipo de casos se presenta una

(...) preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad (...) Se destaca en la misma línea que

la norma que representa el género y la que regula la especie poseen elementos comunes, pero la norma especial añade un dato ulterior a la que representa el género (Tardío, 2003, p. 191)

En el caso sub – examine, la regulación que trae en cuanto al término de prescripción es la Ley 1474 de 2011, que es mucho más específica en lo que respecta al contenido del Código de Comercio, y la relaciona especialmente con los procesos de responsabilidad fiscal. Luego entonces se entiende, que en atención a su especialidad y especificidad existe una excepcionalidad a la regla de prescripción que para el caso de los seguros trae el Código de Comercio y que lo hace inaplicable en el contexto de la responsabilidad fiscal, por estar regulado de una manera especial y por ende vinculante. En ese mismo sentido lo considera Tardío (2003) al señalar lo siguiente:

“De una parte, se considera que la norma especial prevalece sobre la general, porque la norma específica es más apta para regular lo específico. Y, de otra, se destaca que dicha regla es la que mejor responde a la voluntad del legislador, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, y un mismo supuesto de la vida real cae hipotéticamente entre ambas, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la ley especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación” (Tardío, 2003, p. 193)

Lo anterior, es precisamente lo que el legislador buscó con la expedición y la consagración expresa del término de prescripción de las pólizas de seguro en la Ley 1474 de 2011 en el proceso de responsabilidad fiscal, manifestar su voluntad en pro del interés público para que se ajustara al término de prescripción de la actuación administrativa fiscal y no al término general de cualquier seguro dentro del trámite de una acción jurídica. Aunque ello es claro, no exime la posibilidad de que bajo los parámetros del Consejo de Estado se pueda desconocer la voluntad del legislador plasmada en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, por considerarse que las aseguradoras se vinculan en calidad de tercero civilmente responsable y no es virtud del ejercicio de gestión fiscal.

En este contexto, es menester precisar que para los procesos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, es claro que la norma que goza de especialidad sobre el asunto es la Ley 610 de 2000 y demás normativa modificatoria, en

razón a que son las que regulan de manera específica el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que bajo el análisis de este principio de especialidad, la Ley 610 de 2000 debe ser la de preferencia ante el Código de Comercio, cuyo término de prescripción establecido adicionalmente constituye limitante temporal para la expedición de la declaratoria de responsabilidad civil de una aseguradora, en el marco de una responsabilidad fiscal, pues su término es inferior al consagrado en la norma del proceso fiscal.

Desde otro punto, se debe precisar que en relación con los procesos de responsabilidad fiscal iniciados con antelación a la expedición de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, no está resuelto el asunto palmariamente, teniendo en cuenta que para las Contralorías la norma por la cual se vinculan las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal es el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, razón que les permite afirmar que es esta norma la que debe regir sobre las pólizas de seguros, incluso para los términos de prescripción. Para reforzar esta teoría, el ente considera significativo citar en sus argumentos lo expuesto por el Consejo de Estado en los años 90, en relación con la prescripción de la póliza de seguros, sentencia en la que concluyó que:

“(…) otra excepción al principio general contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio es el régimen de prescripción al que están sometidas las pólizas que expiden las compañías de seguros como garantías de cumplimiento de las obligaciones asumidas por particulares frente a entidades públicas. (Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 4 de septiembre de 1990 expediente A-50)

Adicionalmente, el ente de control fiscal insiste en fundamentar que el artículo 1081 del C. de Co no es aplicable a las contralorías, sino solo a las partes que celebran un contrato de seguros ya que, según su criterio, a la autoridad fiscal solo la rigen las disposiciones de la Ley 610 de 2000.

Con fundamento en lo anterior, se puede inferir que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, tratándose de los procedimientos de responsabilidad fiscal se computa en los términos del artículo 9º de la Ley 610 de 2000, es decir, 5 años desde el auto de apertura al procedimiento.

No obstante, para las aseguradoras este no es un argumento con suficiente piso jurídico, considerando que si bien la vinculación de las aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal se realiza en virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, esta se efectúa a título de responsabilidad civil, es decir, con fundamento en el contrato de seguros, el cual se rige por el derecho comercial, pues el actuar de la aseguradora no se debe al ejercicio de gestión fiscal alguna o por una conducta que genere un daño al Estado.

Bajo estos parámetros, se determina que la mejor manera de lograr una verdadera claridad jurídica es que el Estado a través de su órgano legislativo, adicione dentro del texto del Código de Comercio un párrafo que exprese a manera de excepción lo indicado por el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, de tal forma que esto conduzca a que se minimicen los espacios para indebidas interpretaciones y se disipen las discusiones generadas hasta la fecha.

De igual forma, es necesario que el Consejo de Estado proceda con la unión de los criterios de interpretación existentes entre las Salas Primera y Quinta, pronunciándose a través de una Sentencia de Unificación que de forma concluyente determine una nueva línea jurisprudencial, como herramienta para el tratamiento de procesos fiscales que vinculen aseguradoras; pues si bien la Sentencia del 07 de junio de 2018, emitida por la Sección Quinta de esta Corporación con radicado 2009-00287-01, es un punto de partida para la aplicación de una nueva interpretación de las normas que regulan el término de prescripción del contrato de seguro vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, continua abierta la posibilidad de que se sigan aplicando los criterios anteriores.

## PROPUESTA

La presente investigación se fundamenta principalmente en la definición de la aplicación normativa que debe efectuarse respecto del término de prescripción para el contrato de seguro en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, considerando que el ordenamiento jurídico colombiano consagra dos normas actualmente vigentes sobre este asunto, esto es, el artículo 1081 del Código de Comercio y los artículos 9 de la Ley 610 de 2000 y 120 de la Ley 1474 de 2011. Ante esta discusión que se hace visible en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal, determinamos plantear como problema jurídico para el presente estudio el siguiente interrogante: **¿Cuál es la prescripción que opera en el proceso de responsabilidad fiscal ante la diversidad normativa que para este aspecto prima en Colombia?**

Para resolver la pregunta diseñada dentro de esta investigación conforme los diferentes planteamientos y análisis efectuados, es pertinente recordar de forma simplificada que coexisten dos tesis sobre este tema, la primera, corresponde a la sostenida por las aseguradoras y la Sección Primera del Consejo de Estado, al mencionar que en virtud de la vinculación de las aseguradoras a través de la póliza de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal, la cual se efectúa en calidad de tercero civilmente responsable, no en condición de gestor fiscal, la prescripción debe ser entendida bajo los parámetros del artículo 1081 del Código de Comercio; y, la segunda, relacionada con los argumentos expuestos de manera sostenida por la Contraloría General de la República y apoyada recientemente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, al indicar que el proceso de responsabilidad fiscal tiene carácter especial, su fin principal es el resarcimiento del patrimonio público, por lo que busca un bien general, es de carácter administrativo y no judicial, de tal suerte que el término del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, es el que corresponde aplicar en estos casos.

En este sentido, resulta necesario partir de la premisa que conforme a los argumentos expuestos a lo largo del desarrollo investigativo, queda claro que con la expedición del artículo 120 de la ley 1474 de 2011, las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los

plazos establecidos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es decir, en cinco (5) años. Situación que definitivamente dejó cerrada la puerta para la discusión que se venía presentando, en relación con los procesos de responsabilidad fiscal aperturados con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto Anticorrupción.

Esta modificación realizada al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, puede considerarse desde nuestro punto de vista como un aporte normativo significativo a este tema de prescripción, pues la expedición del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, otorga a la ley especial del proceso de responsabilidad fiscal un complemento adecuado y trascendental para la protección del patrimonio público y la preservación del interés general, teniendo en cuenta que la tesis que venía desarrollando la Sección Primera del Consejo de Estado era un desacierto para la consecución material de los fines esenciales del Estado, debido a que la misma procuraba en mayor medida y aunque de forma indirecta, la protección de derechos e intereses privados de los aseguradores dentro de los procesos de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, en el avance investigativo encontramos que la discusión recobra relevancia en cuanto a los procesos de responsabilidad fiscal que fueron iniciados con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011, puesto que ante estos asuntos no existe una aclaración normativa específica, sino que se requirió efectuar un análisis jurídico y doctrinal, así como una interpretación de principios y de los argumentos jurisprudenciales que ha expedido el Consejo de Estado.

Es entonces, que una vez ejecutamos el estudio correspondiente, concluimos sin duda alguna que para los contratos de seguro vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal iniciados con antelación a la entrada en vigencia del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, le es aplicable de manera certera el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, en razón a que conforme el principio de especialidad, puede decirse que lo señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio sobre el término de prescripción de las acciones relacionados con el contrato de seguro, es una norma de carácter general; y, lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 es de carácter especial, de tal forma que, su aplicación debe ser preferente y exclusiva para el trámite del proceso responsabilidad fiscal.

Lo anterior indica claramente, que en atención a la especialidad y especificidad de la Ley 610 de 2000, existe una excepcionalidad a la regla de general de prescripción de los contratos de seguros contenida en el Código de Comercio, implicando que para el contexto de la responsabilidad fiscal se deba remitir directamente a lo indicado por la norma especial.

Adicionalmente, la sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia del 07 de junio de 2018, Expediente: 2114233-25000-23-24-000-2009-00287-01, expuso otras razones anexas para concluir finalmente que el término de prescripción aplicable a los contratos de seguro dentro del proceso de responsabilidad fiscal es el señalado en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, tales como el término de cinco (5) años fijado para la apertura y culminación del proceso de responsabilidad fiscal, que este tipo de proceso no corresponde a una acción judicial específica, sino a una actuación administrativa y la importancia de que la garantía que contrate una entidad estatal sea consecuente con la posibilidad y el término con el que cuenta un ente de control para perseguir el resarcimiento del erario.

En consecuencia, proponemos que para todos los contratos de seguro vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal, independientemente de la fecha de iniciación del mismo, esto es, anterior o posterior a la expedición del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, debe aplicarse el término de prescripción señalado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, de tal forma, que se preserve la búsqueda del interés general dentro del trámite procesal, considerando que su fin último es el resarcimiento del patrimonio público, tesis que debe ser acogida por los sujetos procesales en el proceso fiscal y aplicada en atención a la preservación de la línea jurisprudencial conforme los argumentos fijados por la Sección Quinta del Consejo de Estado, expuestos en el acápite de análisis de la jurisprudencia de esta corporación.

## CONCLUSIONES

Desde la Misión Kemmerer hasta nuestros días el uso de los recursos públicos en Colombia a cargo del Estado debe realizarse de manera adecuada por parte de sus funcionarios, tan es así que los principios de la función pública así lo demandan, así como el interés general y la destinación que estos tienen para la satisfacción de los fines esenciales del Estado y con ello la materialización de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de 1991.

Una de las herramientas a las que ha acudido el Estado en pro de limitar el uso inadecuado de los recursos públicos es la responsabilidad fiscal, que tiene tres elementos como son: primero, la gestión fiscal, entendida como el conjunto de actividades que realizan quienes tienen la condición de gestores fiscales, respecto de la realización de varios verbos rectores (adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión, disposición, recaudación, manejo e inversión de los recursos públicos), realizada a título de dolo o culpa grave, segundo, el daño patrimonial consistente en ese menoscabo al erario y un nexo causal entre los dos elementos anteriores constituyéndose en un estudio sólido que debe evaluar la Contraloría General de la República y contralorías territoriales al momento de adoptar la decisión de iniciar una investigación fiscal. En primera instancia debe determinar la calidad de quien genera el daño, para luego evaluar si sus funciones se encontraban relacionadas con la gestión fiscal, y a que causa de su acción u omisión se generó un daño patrimonial para el Estado. Es por ello que la Contraloría tiene el deber de realizar controles paulatinos, a la ejecución presupuestal de las entidades del Estado, así como de sancionar fiscalmente a quien no realiza una adecuada gestión fiscal.

Ahora bien, dentro de la gestión pública existen varios tipos de responsabilidad: la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad administrativa, la responsabilidad fiscal y la responsabilidad penal, cada una con un propósito diferente. La naturaleza de la responsabilidad fiscal, es de carácter netamente resarcitorio. De ahí que su finalidad no sea otra que la de buscar la indemnización de los daños patrimoniales generados por el servidor público declarado responsable fiscalmente, en pro de proteger los recursos del Estado.

El papel del asegurador como garante es la de proteger el patrimonio del Estado de un posible menoscabo. En atención a dicha calidad, la Ley 610 de 2000 señala en su artículo 44 que este debe concurrir al proceso de responsabilidad fiscal en calidad de tercero civilmente responsable. La finalidad de su vinculación al proceso de responsabilidad fiscal es la de informarle del proceso que se gestiona en contra de uno de sus asegurados, a fin de que este pueda pronunciarse sobre ello y ejerza su derecho a la defensa. La segunda razón que impulsa la vinculación del garante, es el principio de economía procesal que busca mediante un solo proceso (el de responsabilidad fiscal) buscar la determinación de la responsabilidad fiscal, así como la obtención del resarcimiento de éste por parte del asegurador en su calidad de tercero civilmente responsable.

El papel que debe cumplir el asegurador en el caso de la declaración de un daño patrimonial del que se deriva responsabilidad fiscal, es el de proteger los recursos públicos, mediante la indemnización. De acuerdo con la Corte Constitucional el daño que genera el gestor fiscal a los recursos del estado “(...) se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido” (Corte Constitucional. Sentencia C – 840 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería)

Esta situación comprende la diversidad legislativa que existe frente al término de prescripción del contrato de seguro señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio y el indicado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. En el primer caso, el Código de Comercio indica que el término de prescripción del contrato de seguro de responsabilidad y las acciones que de éste se derivan tiene un término de prescripción ordinaria de dos (2) años y una extraordinaria de cinco (5) años según sea el caso<sup>7</sup>. Por su parte el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, indica que el término de prescripción del contrato de seguro es el establecido en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 para la responsabilidad fiscal, esto es cinco (5) años a partir de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Sin embargo, de las posiciones del Consejo de Estado, aún después de la promulgación de la Ley 1474 de 2011, se deriva que se mantenía la idea de que el término de prescripción del

---

<sup>7</sup> Véase página 91.

contrato de seguro en el caso de la responsabilidad fiscal es el señalado por la legislación comercial, esto es de dos (2) años. El principal argumento que aduce el alto tribunal, es que la calidad del asegurador en el caso del proceso de responsabilidad fiscal es de carácter civil y no fiscal. De ahí que no sea procedente la aplicación de normas de carácter público al asegurador por no poder atribuirle responsabilidad fiscal.

No obstante, a partir del 07 de junio de 2018, mediante Sentencia emitida por la Sección Quinta de la misma Corporación, con radicado 25000-23-24-000-2009-00287-01, los argumentos de prevalencia del artículo 1081 del Código de Comercio sobre las normas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal fueron objetados y se antepusieron aquellos de jerarquía normativa, principio de especialidad, preservación de los recursos públicos y la excepcionalidad del artículo 1081 de la norma comercial, los cuales propenden por la aplicación del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es decir, cinco (5) años; posición que ha sostenido la Contraloría General de la República, en concordancia con el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, buscando la protección del patrimonio público y el interés general, antes que de los intereses privados del asegurador.

De ahí que pueda concluirse que la prescripción que opera en el proceso de responsabilidad fiscal ante la diversidad normativa que para este aspecto reina en Colombia, es la señalada por el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y 120 de la Ley 1474 de 2011 y no la indicada por el artículo 1081 del Código de Comercio, no solo en atención a la especialidad de la norma, sino a la finalidad material que esta persigue, que no es otra que la de ampliar el término de prescripción e igualarlo al del proceso de responsabilidad fiscal, de forma que en todo momento exista la garantía de resarcimiento y la obligación del garante de cumplir con las responsabilidades que se derivan del contrato de seguro de responsabilidad suscrito con éste.

## REFERENCIAS

- Acoldese & Acoas (2002) Antecedentes legislativos de Derecho de Seguros en Colombia. El contrato y la Institución. Bogotá: Acoldese & Acoas.
- Alessandri, A. (1981) De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal
- Amaya, O, U. (2002) Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Leyer. 2014.
- Becerra, T. R (2014). Nociones Fundamentales de la Teoría General y Regímenes Particulares del CONTRATO DE SEGURO. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Sello Editorial Javeriano.
- Bedoya, D. (2015). Fundamentos teóricos de la responsabilidad fiscal y su incidencia en el ámbito de los seguros. Universidad Pontificia Bolivariana: Trabajo de grado para obtener el título de abogado.
- Bobbio, N. (1960). Teoria dell'Ordinamento Giuridico, G. Giappichelli Editore, Torino.
- Bobbio, N. (1990). Contribución a la Teoría del Derecho. Edición a cargo de A. RUIZ MIGUEL.
- Botero, L. M. C. (1978). Generalidades del Contrato de Seguro en Colombia. Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos para optar el Título de “Doctor en Derecho”. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Bogotá, D.E., Colombia.
- Bulla, R, J. (2012) La responsabilidad fiscal y su proceso. Leu 42/93, 610/00 y 1474/2011. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Cobo, Juan Fernando (1964) Terminología de Seguros. Bogotá, Colombia, Primera Edición.

Congreso de la República. “Ley 57 de 1887”. Código Civil. Disponible en:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Congreso de la República. “Ley 225 de 1938”. Por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto. Diario Oficial: 42.157

Congreso de la República. “Ley 58 del 18 de diciembre de 1946”. Por la cual se reforman las leyes orgánicas del Departamento de Contraloría y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial: 26311

Congreso de la República. “Ley 151 del 11 de diciembre de 1959”. Sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados. Recuperado de:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14983>

Congreso de la República. “Acto Legislativo No. 1 del 11 de diciembre de 1968”. Por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia. Diario Oficial: 32673

Congreso de la República. “Ley 45 de 18 de diciembre de 1990”. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 39.607 del 19 de diciembre de 1990.

Congreso de la República. “Ley 42 del 26 de enero de 1993”. Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. Diario Oficial: 40732 del 27 de enero de 1993.

Congreso de la República. “Ley 80 del 28 de octubre de 1993”. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. “Ley 270 del 7 de marzo de 1996”. Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial 42745 del 15 de marzo de 1996.

Congreso de la República. “Ley 389 del 18 de julio de 1997”. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Diario Oficial 43.091 del 24 de julio de 1997.

Congreso de la República. “Ley 610 del 15 de agosto de 2000” Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial: 44133 del 18 de agosto de 2000.

Congreso de la República. “Ley 640 del 5 de enero de 2001”. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 44303 del 24 de enero de 2001.

Congreso de la República. “Ley 678 del 3 de agosto de 2001” Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Diario Oficial: 44509 del 4 de agosto de 2001.

Congreso de la República. “Ley 998 del 29 de noviembre de 2005” Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2006. Diario Oficial: 46109 del 1 de diciembre de 2005.

Congreso de la República. “Ley 1150 del 16 de julio de 2007”. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”. Diario Oficial No. 46691 del 16 de julio de 2007.

Congreso de la República. “Ley 1474 del 12 de julio 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. Diario Oficial: 48128 del 12 de julio de 2011.

Congreso de la República. “Ley 1437 del 18 de enero de 2011”. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario oficial 47956 del 18 de enero de 2011.

Congreso de la República. “Ley 1564 del 12 de julio de 2012”. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012.

Congreso de la República. “Acto Legislativo 004 del 18 de septiembre de 2019”. Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal. Diario Oficial No. 51.080 del 18 de septiembre de 2019.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y del Servicio Civil. Sentencia del 31 de julio de 1996. Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Expediente: 11635.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 1 de octubre de 2006. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Expediente 17482.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Expediente 00529 – 01.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 17 de junio de 2010. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Expediente 00654 – 01.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente con Radicación No. 25000 - 23 - 26 - 000 - 1994 - 00225 - 01 (16367).

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente 00428 – 01.

Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Expediente 01533 – 01.

Contraloría General de la República. (2005) Resolución orgánica No. 5678 del 6 de julio de 2005.

Contraloría General de la República. (2019) Lo que proponemos. Recuperado de <https://www.reformacontrolfiscal.com>

Corte Constitucional. Sentencia C – 488 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 529 del 11 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C – 167 del 20 de abril de 1995. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia No. C-005 del 18 de enero de 1996. Ref.: Expediente D-896, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C - 840 del 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C – 127 del 26 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C – 309 del 30 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C – 619 del 8 de agosto de 2002. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C – 648 del 13 de agosto de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C – 832 del 8 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C – 131 del 18 de febrero de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 566 del 15 de julio de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C – 735 del 26 de agosto de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional. Sentencia C – 388 del 23 de abril de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C – 388 del 23 de abril de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C – 409 del 17 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional. Sentencia C – 599 del 10 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C – 434 del 10 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional. Sentencia C – 826 del 13 de noviembre de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-451 del 16 de julio de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, Expedientes D-11213, Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de mayo de 2000. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas. Expediente 5360.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de febrero de 2005. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente: 7614.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente: 00191
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2006. M.P. Pedro Octavio Munas Cadena. Expediente: 00311 – 01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Expediente: 00425 – 01.
- Díaz, B, C. (2013) Gestión del proceso de responsabilidad fiscal. Preguntas y respuestas. Bogotá: Auditoría General de la República.
- Díaz, G, O, J. (2012) El seguro de responsabilidad. 2ª ed. Bogotá: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Díaz, J. (2014). “La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros”, RIS, Bogotá, 40(23), 161 – 204.
- Donati, A. (1960) Los seguros privados. Barcelona: Librería Bosch.
- Ennecerus, Kipp y Wolff: Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I, vol. I, traducción española, Ed. Bosch, Barcelona, 1953.
- Fadul, M, I. (1987) Principio Indemnizatorio del Contrato de Seguro. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio Económicas. Bogotá, D.E.
- Garriges, J. (1982) Contrato de seguro terrestre. Madrid: Imprenta Aguirre.
- Gómez, L, I. (2014) Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad y sus procedimientos. Bogotá: Editorial Legis.
- González, N, O. (2012). “Responsabilidad extracontractual del Estado. Una aproximación desde la teoría de la responsabilidad de los clásicos a su carácter de disciplina autónoma del Derecho”, Revista UIS Humanidades, 40(1), 147 – 171.

- Hernández, R., Fernández, C, Baptista, P. (2010). Metodología de la investigación. 5ª Ed. México: Editorial Mac Graw – Hill.
- Huergo, L, A. (2002) El seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas. Madrid: Marcial Pons.
- Irisarri, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Tesis de grado presentada por optar por al título de Abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jaramillo, J, C. (2011) La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Bogotá: Editorial Temis.
- Kelsen, H. (1982). Teoría pura del Derecho. Traducido por Roberto J. Vernengo. 1ª Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- López, B, H. (2001). “Aspectos procesales del contrato de seguro. Su evolución legislativa en los últimos 30 años. En: ACOLDESE (comp.), Memorias cuadragésimo aniversario Acoldece. Bogotá: Acoldece.
- Martínez, G. (1988) La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Mazeud L. (1960) Lecciones de Derecho Civil. Segunda Parte. Volumen II. La responsabilidad civil y los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Mazo, G, H. (2007) El control fiscal en Colombia. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Limitada.
- Mira, J, C., Meza, C., Vega, D. (2001). El control fiscal en Colombia. Trabajo de grado para optar al título de abogados. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mutis, V, A., & Quintero, M, A. (2000) La contratación estatal: análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Nader, O, F. (2010). “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, *Advocatus*, 15, 55 – 71.
- Ordoñez, O, A. (2001) “El carácter indemnizatorio del seguro de daños”. En: ACOLDESE (comp.), *Memorias cuadragésimo aniversario Acoldece*. Bogotá: Acoldece.
- Ossa, G, J. (1991) *Teoría general del seguro. El contrato*. Bogotá: Editorial Temis.
- Perán, O, J. (1998) *La responsabilidad civil y su seguro*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Presidencia de la República. “Decreto 410 del 27 de marzo de 1971”. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial* 33.339 del 16 de junio de 1971.
- Presidencia de la República. “Decreto 911 del 23 de mayo de 1932”. Por el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la nación y del departamento de contraloría. *Diario Oficial*: 21997
- Rincón, C, E. (2014) *Diferencias y relaciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el tipo de control*. Recuperado de: <https://studylib.es/doc/7461813/diferencias-y-relaciones-entre-la-responsabilidad-fiscal-...>
- Rodríguez, G, Botero, A. (2009) *Proceso de responsabilidad fiscal comentarios críticos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, B, M. (2014) *Incidencia y aplicación del derecho de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal*. Tesis de grado para obtener el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ruiz, M. (1988). El principio de la jerarquía normativa, *Revista española de Derecho Constitucional*, 8(24), 135 – 154.
- Sánchez, C, F. (1997) “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, 89,

- Sánchez, C. (2004). Responsabilidad fiscal y control de gasto público. Bogotá: Biblioteca jurídica Diké.
- Sánchez, C, López, C, Peña, E, Aldana, D, (2006) “Control fiscal territorial. Diagnóstico y perspectivas”, Revista Estudios Socio Jurídicos. Bogotá, 8(2): 44-84
- Sánchez, C, A. (2007) “Aspectos sustanciales de la responsabilidad fiscal en Colombia”, Ciencias Sociales y Humanas, 7(13), 81 – 96.
- Santafé, A, L. (2012) La declaratoria de la responsabilidad fiscal: ¿función administrativa o jurisdiccional? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Seguros Comerciales Bolívar S.A., Revista Bolívar Número 371; Abril a Junio de 1986.
- Tardío, J. (2003). El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales, Revista de Administración Pública, 162, 189 – 225.
- Vásquez, W (2000) Control Fiscal y Auditoria de Estado en Colombia”, Bogotá. Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.