

La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros*

JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS ORTIZ**

SUMARIO

Introducción

1. MARCO GENERAL

1.1. Aspectos generales de la responsabilidad - noción y tipos de responsabilidad

1.2. Marco normativo

1.3. Características de la responsabilidad fiscal

- Es patrimonial
- No es sancionatoria ni penal
- Es independiente y autónoma
- Es diferente de la responsabilidad personal del servidor público (acción de repetición)
- Se predica de los servidores públicos y de los particulares que realicen gestión fiscal, que causen un daño al patrimonio del Estado.

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2014
Fecha de aceptación: 4 de abril de 2014

* Investigación realizada por el autor desde una perspectiva analítica y reflexiva, para el XXVII Encuentro Nacional de ACOLDESE, celebrado el 30, 31 de octubre y 1° de noviembre en Santiago de Cali, Colombia.

** Abogado egresado de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Especialista en Derecho privado de la Universidad de Derecho de Economía y Ciencias Sociales de Paris, Paris III 1986-1987. Catedrático en materia de Responsabilidad Civil y Derecho. Tratadista en Responsabilidad Civil, Seguros y Seguridad Social. Correo electrónico: juanmanuel@diazgranados.co

- Es subjetiva (culpa grave o dolo)
 - Existe un proceso especial para su declaración, de naturaleza administrativa
 - Vinculación obligatoria de las aseguradoras
2. LA GESTIÓN FISCAL
 3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL
 - 3.1. Conducta (culpa grave o dolo)
 - 3.2. Daño patrimonial al Estado
 - 3.3. Relación de causalidad
 4. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
 5. LA CADUCIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL Y DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO
 - 5.1. Caducidad y prescripción acción fiscal
 - 5.2. Prescripción del contrato de seguro
 6. VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS-PROBLEMÁTICA
 - 6.1. Marco normativo
 - 6.2. Criterio jurisprudencial
 - 6.3. Precisiones sobre la vinculación del garante
 - La aseguradora no es gestor fiscal
 - La aseguradora no es responsable fiscal
 - La aseguradora no es deudor solidario
 - La acción fiscal no altera el riesgo asegurado, la suma asegurada ni las demás condiciones propias del contrato de seguro
 - La Contraloría tiene facultad para condenar a la aseguradora como responsable civil con base en la póliza
 - 6.4. Vinculación del garante- pólizas que pueden ser afectadas
 - Pólizas de Seguro de Cumplimiento

- Pólizas de Seguro de Manejo
- Pólizas de Seguro de Servidores públicos
- Pólizas de Seguro de Directores y Administradores
- Pólizas de seguro de responsabilidad de las empresas (responsabilidad profesional)

6.5. Vinculación del garante- problemática

- Afectación de múltiples vigencias- alteración de la noción de siniestro
- Prescripción
- Desconocimiento del riesgo asegurado y otras limitaciones propias del contrato de seguro
- Pactos de coaseguro
- Ante una condena solidaria no hay reglas para definir el contrato de seguro que debe cubrir la pérdida

7. CARÁCTER AUTÓNOMO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y SU RELACIÓN CON OTROS PROCESOS

RESUMEN

El presente artículo hace una descripción de la figura de la responsabilidad fiscal en Colombia, tanto en el terreno normativo como jurisprudencial.

Se analizan los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, así como los rasgos fundamentales del proceso de responsabilidad fiscal que adelantan las contralorías.

Luego el estudio aborda la vinculación de las aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal y sus alcances. Igualmente, se examinan las diferentes pólizas de seguros que eventualmente pueden dar lugar a la vinculación de una aseguradora.

Por último, se aborda la problemática que estos procesos han generado para las aseguradoras, por cuanto en ocasiones no se aplican las normas y los textos contractuales, se presenta afectación de múltiples vigencias alterándose la noción de siniestro, se desconocen el riesgo asegurado, otras limitaciones propias del contrato de seguro y los pactos de coaseguro.

En cuanto a la prescripción las contralorías se inclinan por dar aplicación a la que es propia de la responsabilidad fiscal y no la que prevén las normas para el contrato de seguro.

Palabras clave: Responsabilidad fiscal, contrato de seguro, acción fiscal, llamamiento en garantía, cobertura, aseguradora.

Palabras clave descriptor: Gestor fiscal, Contraloría de la República, vinculación del garante, póliza.

FISCAL (TAX) LIABILITY AND IMPACT ON INSURANCE

ABSTRACT

The present article describes the fiscal (tax) liability figure in Colombia, both in regulatory and jurisprudential terms.

It analyses the elements making up fiscal liability, as well as the fundamental characteristics of fiscal liability processes conducted by comptroller's offices.

Then the study addresses the involvement of insurance companies in fiscal liability processes and the scope thereof. It also examines the different insurance policies that may eventually give rise to enrolment of insurers.

Lastly, it deals with the problems such processes have caused for insurers, because at times current standards and contractual wordings are not applied; multiple periods are affected, thus altering the notion of loss; the insured risk is unknown; and because of other limitations attached to insurance contracts and coinsurance agreements.

As to the statute of limitations, comptroller's offices are prone to apply it as attached to fiscal liability instead of as provided in the insurance contract standards.

Key words: Fiscal liability; contract of insurance; fiscal action; call under warranty; coverage; insurer.

Key description words: Fiscal Manager; Republic's Comptroller-General's Office; guarantor's enrolments; policy.

INTRODUCCIÓN

Agradezco a ACOLDESE la invitación para abordar el tema de la responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros, asunto de la mayor importancia y actualidad.

En efecto, la responsabilidad fiscal tiene una estrecha relación con los seguros, pues en aquellos casos en los cuales la responsabilidad o el interés respectivo tienen cobertura por un contrato de seguro, la aseguradora es vinculada al proceso de responsabilidad fiscal dentro del cual puede ser condenada por parte de las Contralorías.

La Constitución de 1991 estableció una nueva dimensión respecto del control fiscal, otorgó amplias facultades a la Contraloría General de la República y sentó las bases de la responsabilidad fiscal.

En ese marco fue expedida la Ley 610 de 2000, que reguló la responsabilidad fiscal en sus aspectos sustanciales y de procedimiento. Dicha norma se complementó por la Ley 1474 de 2011, la cual, entre otros aspectos, introdujo ajustes al proceso de responsabilidad fiscal y modificó las normas de prescripción del contrato de seguro en el aludido ámbito.

En los últimos años el número de procesos de responsabilidad fiscal se ha incrementado sustancialmente, con la consecuente vinculación de las compañías de seguros a los mismos, con base en pólizas de diversa índole.

Lo anterior se ha traducido en condenas contra las aseguradoras, algunas de las cuales han desconocido los principios propios de los seguros y la legislación especial sobre este tipo de contratos.

Como consecuencia de lo expuesto, se ha generado una entendible preocupación en el sector asegurador y, por supuesto, en los reaseguradores internacionales para quienes la responsabilidad fiscal determinada por la Contraloría General de la República es una figura atípica en el concierto internacional (en el cual lo usual son los tribunales de cuentas con alcances más delimitados), a lo que se agrega la emisión de algunos fallos que han producido alarma por adoptar interpretaciones ajenas al rigor de la disciplina del derecho y de la técnica del seguro.

El presente escrito tiene como propósito realizar una presentación esquemática de la responsabilidad fiscal, sus desarrollos legales y jurisprudenciales, así como poner de manifiesto la problemática que significa para los seguros.

1. MARCO GENERAL

1.1 Aspectos generales de la responsabilidad-noción y tipos de responsabilidad

Hay responsabilidad en términos patrimoniales cuando el ordenamiento jurídico considera que una persona está obligada a reparar un daño causado a otra persona existiendo o no vínculo contractual. Siguiendo a Planiol y Ripert, *“en un sentido amplio se dice que hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligada a reparar un daño sufrido por otra”*.¹

Inicialmente, solo se concebía la responsabilidad que se predicaba de los particulares, que corresponde a la responsabilidad civil, regulada desde tiempo atrás en el Código Civil. Un particular puede ser responsable si causa un daño a otro particular.

Luego, se admitió que el Estado también podía ser considerado responsable de sus acciones u omisiones, asunto que el derecho administrativo ha tenido como uno de sus principales focos de atención (en la actualidad la base de esta responsabilidad es el artículo 90 de la Constitución Nacional). Así mismo, si un funcionario público causa un daño que el Estado debe proceder a reparar, el Estado puede llamar en garantía al funcionario cuando es demandado o, si es condenado, iniciar la acción de repetición en los casos en que ello resulte procedente. (Solamente si hay dolo o culpa grave procede la subrogación).

1 Planiol, Marcel et Ripert, Georges, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. VI, Obligations, LGDJ, Paris, 1930, p. 638.

Finalmente, surge la responsabilidad fiscal, la cual es una figura novedosa que persigue el resarcimiento del patrimonio público en caso de detrimento económico producido por un gestor fiscal que realiza una conducta generadora, de lo cual nos ocuparemos en este escrito.

1.2 Marco normativo

La responsabilidad fiscal tiene su fuente en los artículos 267 y 268 de la Constitución Nacional, según los cuales corresponde a la Contraloría ejercer el control fiscal, lo que la faculta para establecer la responsabilidad que se derive del ejercicio de la gestión de recursos públicos.

La Ley 610 de 2000 (complementada por la Ley 1474 de 2011) reguló la figura de la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

La definición se encuentra en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, que dispone:

“Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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 culposa² un daño al patrimonio del Estado”.

Como se verá más adelante, la responsabilidad fiscal es una figura a la cual la ley le atribuye independencia y autonomía frente a otro tipo de responsabilidades (artículo 4, parágrafo 1), circunstancia que genera interrogantes, pues habrá casos en los cuales se examinen lo mismos hechos pero las decisiones a la luz de la responsabilidad fiscal sean diferentes de las derivadas del derecho administrativo o del derecho civil, lo cual se acentúa por cuanto los fallos serán adoptados por órganos diferentes.

La responsabilidad fiscal se sujeta a un proceso especial regulado por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011.

1.3 Características de la responsabilidad fiscal

Es patrimonial

La responsabilidad fiscal es de naturaleza patrimonial, es decir tiene vocación indemnizatoria y no sancionatoria, ya que persigue el resarcimiento del detri-

2 La Corte Constitucional precisó, mediante sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002, que se requiere culpa grave para que se configure la responsabilidad fiscal.

mento patrimonial sufrido por el Estado como consecuencia de una gestión fiscal irregular.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia 619 de 2002 ha precisado el significado de la responsabilidad fiscal así:

*“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.”* (se destaca)

Ahora bien, el proceso que adelanta la Contraloría es de tipo administrativo, pero ello no le resta su finalidad resarcitoria, todo lo cual permite que la responsabilidad fiscal sea susceptible de ser asegurada en el ordenamiento jurídico colombiano, bajo un seguro de responsabilidad.

Es más, el artículo 53 de la Ley 998 de 2005 autorizó a las entidades públicas, incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado, para contratar este tipo de seguros con el fin de cubrir a sus servidores por la responsabilidad por actos y hechos no dolosos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

No es sancionatoria ni penal

La finalidad de la responsabilidad fiscal es puramente resarcitoria, pues se circunscribe a la protección del patrimonio público.

Por la razón expuesta un elemento constitutivo de la responsabilidad fiscal es la existencia de un daño.

En consecuencia, esta figura no tiene fines punitivos dirigidos a sancionar a quien adelante una gestión fiscal en desmedro de los recursos públicos y no se rige por los principios del derecho sancionatorio ni del derecho penal.

La orientación indemnizatoria está claramente definida en el artículo 4 de la ley 610 de 2000, así:

*“Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el **resarcimiento de los daños** ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”* (se destaca)

De manera complementaria el artículo 16 de la misma ley puntualiza que en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se demuestre que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Es independiente y autónoma

De acuerdo con el artículo 4, parágrafo 1, de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

El atributo señalado significa que la responsabilidad fiscal obedece a reglas propias tanto en lo sustancial como en lo procesal, lo cual no quiere decir que las demás clases de responsabilidad se subordinen a ella.

Debe tenerse en cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal es de carácter administrativo, que las Contralorías no ejercen función judicial y que los fallos son actos administrativos sujetos al control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, 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.

Por ejemplo, es posible que para la Contraloría exista un incumplimiento imputable al contratista en un contrato estatal y en el proceso de responsabilidad fiscal se haga efectiva la cláusula penal, vinculándose a la compañía de seguros. Pero ese mismo caso puede ser de conocimiento del juez natural del contrato (juez administrativo), en desarrollo de una acción contenciosa (medio de control de controversias contractuales), como resultado de lo cual la decisión puede ser distinta.

Dado que el juez del contrato es el mismo que tiene el control de legalidad sobre el fallo de responsabilidad fiscal, en estricto rigor, esta última, por versar sobre los mismos hechos se subordina al derecho y al juez administrativo.

Es diferente de la responsabilidad personal del servidor público (acción de repetición)

Los servidores públicos también están sujetos a un régimen de responsabilidad civil patrimonial, basado en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Nacional, conforme al cual cuando el Estado es condenado a indemnizar un daño antijurídico, deberá repetir contra el servidor público que lo hubiese producido con dolo o culpa grave.

La Ley 678 de 2001 regula la acción de repetición del Estado contra el funcionario y el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Es importante tener en cuenta que la responsabilidad fiscal es diferente de la responsabilidad del servidor público a que hemos hecho referencia, lo cual fue puntualizado por la Corte Constitucional en sentencia C-309 de 30 de abril de 2002, en los siguientes términos:

“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 genera 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 de particulares”.

Si bien, son responsabilidades de diversa índole, las pólizas de seguro que se han desarrollado en el mercado nacional en materia de servidores públicos prevén cobertura tanto para la responsabilidad fiscal como para la responsabilidad personal del servidor público en caso de la acción de repetición o de llamamiento en garantía.

Se predica de los servidores públicos y de los particulares que realicen gestión fiscal, que causen un daño al patrimonio del Estado.

El sujeto activo en el terreno de la responsabilidad fiscal es cualificado, ya que debe ostentar la calidad de gestor fiscal.

Son gestores fiscales los servidores públicos, así como los particulares que administren recursos públicos.

Dicha previsión se encuentra contenida en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000:

*“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”.(se destaca)

Nótese que las entidades públicas no son gestores fiscales, pues no son causantes del daño, sino receptoras del mismo. Por lo anterior, en los procesos su papel corresponde al de entidades afectadas por la conducta del responsable.

POTENCIALES RESPONSABLES	TIPO DE RESPONSABILIDAD
Particulares	Responsabilidad civil
	Responsabilidad fiscal (si son gestores fiscales)
Estado	Responsabilidad administrativa
Servidores Públicos	Responsabilidad civil (frente al Estado- acción de repetición y llamamiento en garantía)
	Responsabilidad fiscal (si son gestores fiscales)

Es subjetiva (culpa grave o dolo)

La responsabilidad fiscal es de naturaleza subjetiva, lo cual significa que para su configuración es preciso que el gestor fiscal adelante una conducta culposa o dolosa. Por efecto de tal regla no se admiten responsabilidades objetivas.

Como se ha indicado, la Corte Constitucional Sentencia C-619 de 2002) dispuso que no todo grado de culpa permite atribuir responsabilidad fiscal, sino solo la culpa grave.

Existe un proceso especial para su declaración, de naturaleza administrativa

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, cuyo texto se transcribió anteriormente.

Este es un proceso de naturaleza administrativa, no jurisdiccional, aunque como lo señala Carlos Ariel Sánchez *“todo su contenido está estructurado en forma muy similar a un proceso judicial, siguiendo con ello la tendencia de otros procedimientos administrativos especiales”*.³

El proceso de responsabilidad fiscal culmina con un fallo que determina si hay responsabilidad fiscal o no; si es positivo, cuantifica el daño a cargo del responsable

3 Sánchez Torres, Carlos Ariel y otros, *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*, Biblioteca Jurídica Diké-Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 136.

fiscal (artículo 53). El fallo es un acto administrativo, que cuenta con fuerza ejecutoria y es de obligatorio cumplimiento y, como tal, será impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 59).

Vinculación obligatoria de las aseguradoras

En el proceso de responsabilidad fiscal existe una norma especial que establece la vinculación obligatoria de las aseguradoras al mismo.

La norma corresponde al artículo 44 de la Ley 610 de 2000, que reza así:

“ARTICULO 44.- Vinculacion del garante: Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado”.

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 asegurador 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 (artículo 1568 del Código Civil).

La Corte Constitucional en la sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002 expresó que la finalidad de la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento del patrimonio público y que dicha vinculación está delimitada por el riesgo amparado:

“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” (se destaca).

Con base en lo anterior, para que la compañía de seguros pueda ser obligada a pagar el daño o perjuicio causado al patrimonio público es indispensable que se cumplan dos requisitos indispensables a saber:

- Que exista una declaración de responsabilidad fiscal por haberse acreditado a cabalidad los elementos para su tipificación: gestión fiscal, una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño y la relación de causalidad respectiva.
- Que la cobertura prevista en el contrato de seguro ampare específicamente el hecho constitutivo de la responsabilidad fiscal teniendo en cuenta sus condiciones y limitaciones, tales como el alcance del riesgo cubierto, la vigencia, la suma asegurada, el deducible, entre otros.

2. GESTIÓN FISCAL

El sujeto a quien puede atribuirse responsabilidad fiscal debe ser gestor fiscal, es decir administrador de recursos públicos, los cuales se identifican en el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 610 de 2000 que indica lo siguiente:

“Dicho 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”.

En consecuencia son gestores fiscales:

- Los servidores públicos que tengan a su cargo la administración de recursos públicos.
- Las personas naturales en el ámbito privado, que administren recursos públicos.
- Las personas jurídicas privadas que administren recursos públicos.

Así las cosas, la responsabilidad fiscal solo puede atribuirse a quien ostente la calidad de gestor fiscal en desarrollo de actividades que impliquen gestión fiscal.

En efecto, la Corte Constitucional señaló al respecto en la sentencia C-840 de 2001:

*“...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. Advirtiendo 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 y condiciones prescritos por la ley". (se destaca).

Con base en lo señalado, si un particular que no es gestor fiscal causa un detrimento al patrimonio público no habrá responsabilidad fiscal, por cuanto el sujeto que realiza la conducta no es gestor fiscal. En tal caso habrá que recurrir a otras figuras jurídicas para definir la situación.

Por otro lado, como ya se señaló, las entidades públicas no son gestores fiscales para efectos de la Ley 610 de 2000, por lo cual no son responsables fiscales. En los procesos de responsabilidad fiscal juegan el rol de entidades afectadas.

Vale la pena en este punto referirnos a la situación de los contratistas del Estado.

Ciertamente los contratistas ejercen gestión fiscal respecto de los anticipos que reciben, pues la titularidad de estos recursos continua 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 cual la gestión fiscal se refiere a todos los recursos (por ejemplo un contrato de fiducia pública)

En este sentido Uriel Alberto Amaya Olaya⁴ claramente enseña:

"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 inexecución 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"

Algo similar acontece con los contratos de interventoría, pues el interventor en el contrato estatal es un gestor fiscal.

4 Amaya Olaya, Uriel Alberto, *Teoría de la Responsabilidad Fiscal-Aspectos Sustanciales y Procesales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pág. 247

No obstante, algunas Contralorías, a nuestro parecer de forma errónea, consideran que la gestión fiscal de los contratistas comprende la totalidad de aspectos y de recursos que se les pagan.

Así mismo es útil, referirnos a la situación de las aseguradoras.

Las compañías de seguros no son gestores fiscales, ya que la celebración de contratos de seguro de cualquier índole (cumplimiento, servidores públicos, directores y administradores, manejo, etc.) no se traduce en gestión fiscal, a pesar de que quien contrate la póliza sea una entidad pública.

La fuente de la obligación indemnizatoria es el contrato y no una gestión fiscal del asegurador.

La aludida particularidad es reconocida en el proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que se distingue entre responsable (gestor fiscal) y garante (compañía de seguros), asignándose a cada uno un tratamiento distinto.

Para finalizar, señalamos que en ocasiones algunas Contralorías adoptan Interpretaciones extensivas de la noción de gestión fiscal para ampliar el espectro de potenciales responsables en relación con personas que en estricto rigor no lo son, desbordando así su ámbito de competencia.

3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

A la luz del artículo 5 de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal la configuran tres elementos: culpa o dolo, daño y relación de causalidad.

“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”.

La estructura de la responsabilidad fiscal es similar a la de la responsabilidad civil, no obstante lo cual algunos desarrollos legales y jurisprudenciales, así como aplicaciones en la práctica las han distanciado en algunos aspectos.

3.1 Conducta (culpa grave o dolo)

La Ley 610 de 2000, en los artículos 4, 5 y 53, había preceptuado que podían dar lugar a responsabilidad fiscal las conductas dolosas o culposas hasta culpa leve, estableciendo

así un sistema más estricto que el previsto para la responsabilidad civil del funcionario por daños, para la cual la Constitución solo considera que hay responsabilidad por dolo o culpa grave (la responsabilidad patrimonial del funcionario se reguló por la Ley 678 de 2001).

Si bien las dos responsabilidades son diferentes, la Corte Constitucional mediante sentencia C-619 de 2002, en consideración a que ambas modalidades de responsabilidad tienen la misma razón jurídica de protección al patrimonio económico del Estado y a la luz del principio de igualdad material, declaró inexecutable algunos artículos de la Ley 610 de 2000, ya que en ambos casos sólo el dolo y la culpa catalogada como grave generan responsabilidad en cabeza del servidor público.

Debe tenerse en cuenta que posteriormente el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 precisó que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Dicha norma a renglón seguido introdujo una serie de presunciones de dolo y culpa grave respecto de las conductas de los gestores fiscales.

En el terreno de la responsabilidad fiscal no existe definición de culpa grave. Si la hay para la responsabilidad patrimonial del servidor público y la noción general de la legislación civil.

La Ley 678 de 2001, sobre acción de repetición y llamamiento en garantía contiene una definición de culpa grave, según el siguiente texto:

“Artículo 6º. Culpa grave. 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”.

Las Contralorías por lo general no recurren a la definición transcrita, sino acuden a la prevista en el Código Civil. El Consejo de Estado, por su parte, usualmente también lo hace⁵.

En el derecho civil las definiciones de los diversos grados de culpa se encuentran en el artículo 63 del Código Civil, cuyo texto en su parte pertinente dice:

“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 materias civiles equivale a dolo”.

5 Ver sentencia de la Sección Primera de 20 de octubre de 2011, radicación No. 50001-23-31-000-2003-00227-01

Si se trasladara la definición enunciada a la responsabilidad fiscal, la valoración de la conducta del gestor fiscal supondría un juicio de valor en el cual se compare dicha conducta con la que un gestor fiscal negligente hubiese adoptado respecto de sus propios asuntos, en las mismas circunstancias.

Como es lógico, por tratarse de culpa grave, el test de análisis frente al gestor fiscal, debe contemplar como parámetro de comparación un referente menos estricto que cuando se está en presencia de la culpa leve o la levísima.

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.

En efecto, el mencionado artículo 6 prevé que hay responsabilidad cuando la gestión fiscal es:

- Antieconómica.
- Ineficaz.
- Ineficiente.
- Inequitativa (declarada inexecutable por sentencia C- 340-07)
- Que no se oriente a los fines esenciales del Estado.

Lo preceptuado por la norma reseñada debe ser morigerado con base en el criterio rector definido por la Corte Constitucional en cuanto a la calificación de grave respecto de la culpa en materia de responsabilidad fiscal. Dicho de otro modo, es menester adoptar una interpretación integral y armónica para evaluar las conductas de los gestores fiscales, lo cual implica considerar los calificativos empleados en el artículo 6 de la ley 610 de 2000, en el entendido que se trata de conductas que deben ser de tal magnitud que puedan calificarse de culpa grave. De lo contrario, la aplicación aislada del artículo 6 ya citado, podría hacer nugatorio el fallo de la corte Constitucional sobre el requisito 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).

Según se dijo, el artículo 63 del Código Civil asimila la culpa grave al dolo en materia civil.

Sin embargo, tal equivalencia que pudiese ser irrelevante en la responsabilidad civil o fiscal, reviste la mayor importancia en el ámbito de los seguros, en particular en el de responsabilidad.

En el seguro de responsabilidad la culpa grave del asegurado es asegurable⁶, al paso que los actos dolosos no lo son. Así entonces, en caso de que el gestor fiscal haya tomado un seguro que cubra su responsabilidad (por ejemplo una póliza de servidores públicos), si el fallo de la Contraloría es por una conducta dolosa no habrá cobertura por tratarse de actos inasegurables, mientras que si la condena es a título de culpa grave no operará la aludida exclusión.

Bajo la perspectiva expuesta, la compañía de seguros tiene el legítimo derecho de que las conductas sean valoradas seria y estrictamente, de manera que pueda definirse si las mismas cuentan o no con cobertura en el contrato de seguro.

3.2 Daño patrimonial al Estado

El segundo elemento de la responsabilidad fiscal es el daño al patrimonio público (art. 4 Ley 610 de 2000).

Al igual que en la responsabilidad civil el daño debe ser cierto y cuantificable con arreglo a su real magnitud.

De acuerdo con la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, la noción de daño se asimila al daño en derecho de responsabilidad civil:

“De otra parte destaca el artículo 4 el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad”

Debe advertirse, sin embargo, que el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño, para efectos de la responsabilidad fiscal, utilizando una serie de acepciones, a saber:

“Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida,

6 Sin embargo, algunas pólizas de seguro de responsabilidad excluyen la culpa grave del asegurado. La cobertura se circunscribe a la responsabilidad que provenga de culpa leve y levísima.

uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado”.

La expresión “uso indebido” fue declarada inexecutable por la sentencia C-340 de 2007 de la Corte Constitucional.

En nuestra opinión todas estas acepciones son de naturaleza ilustrativa. Lo determinante es que el daño exista y tenga certidumbre, según lo definido por la Corte Constitucional.

Vale la pena expresar que el carácter autónomo de la responsabilidad fiscal no implica la acumulación de indemnizaciones de perjuicios, de tal suerte que si el daño fue indemnizado previamente producto de otra figura (por ejemplo, la responsabilidad civil o un seguro) no hay lugar a una nueva indemnización, ya que habría enriquecimiento. Así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996.

El fallo de responsabilidad fiscal cuantificará el daño y lo actualizará con base en el IPC (art. 53 Ley 610 de 2000 y art. 101 Ley 1474 de 2011)

Igualmente, llamamos la atención acerca de algunos eventos definidos por las Contralorías en los cuales se incurren en errores conceptuales, por cuanto consideran que hay daño sin que se reúnan los requisitos para su configuración. Tal es el caso de la firma de adiciones a los contratos estatales, en los cuales los pagos por obras adicionales efectivamente realizadas, se consideran como detrimento patrimonial.

Por último, en ciertas oportunidades las Contralorías establecen como entidades afectadas instituciones que no sufrieron perjuicio alguno, por lo que, si realmente existió un detrimento patrimonial, el pago beneficiará a una entidad no afectada enriqueciéndola, en desmedro de la que sufrió el perjuicio.

3.3 Relación de causalidad

El tercer elemento de la responsabilidad fiscal es la relación de causalidad, la cual está regulada en inciso 2 del artículo 6 de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

“Dicho 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”.

Dos hipótesis están previstas en la norma:

- La conducta del gestor fiscal causa el daño directamente
- La conducta del gestor fiscal contribuye al detrimento

De acuerdo con lo señalado de manera precedente, en cualquiera de las hipótesis generadoras de responsabilidad: de una parte, acción u omisión y, de otra, causación directa del daño o contribución a su producción, no hay que olvidar que el sujeto activo debe ser un gestor fiscal y que su conducta igualmente debe haberse adelantado en ejercicio de dicha gestión fiscal.

4. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

La responsabilidad fiscal se encuentra sometida a un proceso especial de naturaleza administrativa (no judicial), regulado también en la Ley 610 de 2000.

El proceso es adelantado por la Contraloría General de la República y las Contralorías departamentales y municipales, y la Auditoría General de la República.

Existen dos tipos de proceso (ambos, eventualmente, de única o de doble instancia):

- El proceso ordinario, que es de naturaleza escrita y se surte en dos etapas.
- El proceso verbal que se adelanta en una sola etapa.

El fallo es un acto administrativo que se encuentra sometido a control jurisdiccional por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 59).

A continuación se presenta un cuadro que resume las etapas del proceso ordinario de responsabilidad fiscal.

Indagación	Apertura	Imputación	Fallo
Meses	3 meses 2 meses de prórroga más periodo de pruebas	10 días para Descargos 1 mes para decretar pruebas 2 años para practicarlas 30 días para fallo	30 días
Inicia por: Auditorías Denuncias Solicitud otros organismos Otros.	Inicia por AUTO DE APERTURA que requiere: Evidencia de daño Indicios sobre los autores	Inicia por AUTO DE IMPUTACIÓN que requiere: Evidencia de daño Pruebas que comprometan al implicado	Fallo si se reúnen los elementos Condena al responsable Solidaridad entre responsables
La aseguradora no participa en esta etapa	Vinculación de la aseguradora	La aseguradora continua vinculada	Condena a la aseguradora

Continuación cuadro

<p>Culmina con:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Archivo - Apertura proceso 	<p>Culmina con:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Archivo - imputación 	<p>Culmina con:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fallo con resp. - Fallo sin resp. 	<p>Traslado a cobro coactivo</p> <p>Posibilidad de impugnar el fallo en la Jurisd. Adm.</p>
---	---	--	---

5. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

En este acápite se abordará la caducidad y la prescripción de la acción fiscal y de las acciones que se derivan del contrato de seguro.

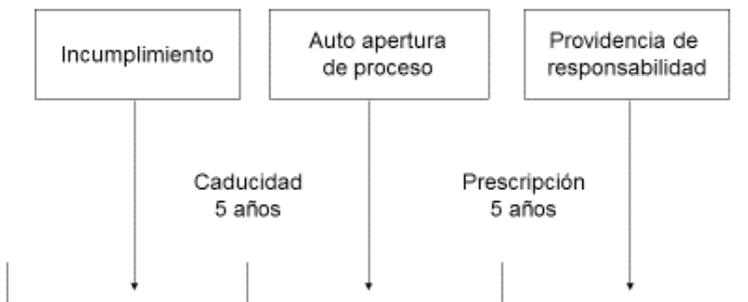
5.1 Caducidad y prescripción acción fiscal

La caducidad y la prescripción de la acción fiscal se encuentran reguladas en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

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 último hecho o acto

Por su parte, 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.

CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN ACCIÓN FISCAL



5.2 Prescripción del contrato de seguro

Un asunto de cardinal relevancia para las compañías de seguros y que ha sido muy discutido, es si las normas especiales de caducidad y prescripción de la responsabilidad fiscal se aplican a las acciones que provienen del contrato de seguro, que cuentan con una regulación también especial en el artículo 1081 del Código de Comercio.

En un principio, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, mediante Circular No. 82113- 001199 del 19 de junio de 2002, dispuso que el artículo 1081 del Código de Comercio no le era aplicable a la acción fiscal por cuanto ésta responsabilidad está sujeta a una normatividad especial en la Ley 610 de 2000.

El asunto fue examinado por el Consejo de Estado, el cual en atención a que la responsabilidad de la compañía de seguros no es de naturaleza fiscal, sino que proviene del contrato de seguro, consideró que la prescripción se rige por el artículo 1081 del Código de Comercio.

En efecto el Consejo de Estado, Sección Primera, por sentencia del 18 de marzo de 2010, exp.00529-01, expresó:

“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 de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000 , como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable”.

Dicha tesis se reiteró luego en sentencia de la misma sala de 17 de junio de 2010, exp. 00654-01.

La prescripción en materia de contrato de seguro puede ser ordinaria, la cual tiene un término de 2 años contados desde el conocimiento del siniestro o del momento en que se ha debido conocer. También puede ser extraordinaria, que corre desde el siniestro y su término es de 5 años.

El comienzo del cómputo de la prescripción de la acción del contrato de seguro será la fecha de ocurrencia de los hechos constitutivos del siniestro tratándose de la extraordinaria.

Iniciado su cómputo la prescripción se configurará si el fallo de responsabilidad fiscal no se emite antes que expire el plazo.

Posteriormente, el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, sometió a las pólizas de seguro a los plazos de prescripción de la Ley 610 de 2000 (5 años), cuyo texto reza:

“Artículo 120. Pólizas. 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 9° de la Ley 610 de 2000”.

La nueva situación es fuente de dudas sobre su alcance, lo cual se abordará más adelante.

6. VINCULACIÓN DE LAS ASEGURADORAS

6.1 Marco normativo

La Ley 610 de 2000 incorporó la siguiente norma particular relativa a la vinculación de las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal.

“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”.

La vinculación es una figura especial, diferente a las que prevén los códigos de procedimiento en materia judicial, pues no se trata de un llamamiento en garantía o una denuncia de pleito que proceden por iniciativa de las partes en el proceso. Tampoco corresponde al ejercicio de la acción, por cuanto ello ocurre cuando el titular del derecho (en este caso el asegurado) acude a la jurisdicción.

Como se observa, la vinculación de la aseguradora se produce directamente por decisión de las Contralorías, quienes no ostentan la calidad de asegurados (no sufren el eventual detrimento al patrimonio público).

Las entidades públicas que son afectadas por dichos detrimentos no son parte, ni se involucran en el proceso de responsabilidad fiscal.

6.2 Criterio jurisprudencial

La Corte Constitucional se pronunció sobre los alcances de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, mediante sentencia C-648 de 2002, en la cual enfatizó que la misma se delimita por los riesgos que efectivamente se encuentran cubiertos en el contrato de seguro:

“...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” (se destaca).

La precisión que hace la Corte Constitucional también se predica de las demás normas y estipulaciones que rigen el contrato de seguro, tales como la existencia de sumas aseguradas, deducibles, garantías, deberes y cargas del tomador y asegurado, la existencia de coaseguro, etc.

Dicho de otro modo, el hecho de que exista un proceso de responsabilidad fiscal no significa que dejen de aplicarse las exclusiones válidamente pactadas o que no deban acatarse las normas que rigen el contrato de seguro.

6.3 Precisiones sobre la vinculación del garante

Consideramos oportuno relieves algunos rasgos de la posición de las aseguradoras en relación con los procesos de responsabilidad fiscal.

La aseguradora no es gestor fiscal

Lo primero es reiterar que las compañías de seguros en su condición de tales no son gestores fiscales, por cuanto no son administradores de recursos públicos.

Su papel se limita a asumir determinados riesgos que pueden tener relación con eventuales detrimentos patrimoniales de entidades públicas.

Su obligación no nace de la ley fiscal, sino del contrato de seguro y se encuentra delimitada por dicho contrato.

La aseguradora no es responsable fiscal

Como consecuencia de lo anterior, las aseguradoras no son responsables fiscales. El fallo que eventualmente pueda ser proferido en su contra es a título de garante.

La aseguradora no es deudor solidario

Así mismo, las aseguradoras no son deudores solidarios con los responsables, debido a que la obligación de la compañía de seguros es diferente de la que corresponde al gestor fiscal.

La solidaridad se refiere a una sola obligación con dos o más deudores, cada uno de los cuales responde por el todo.

La obligación de la aseguradora tiene su fuente en el contrato de seguro y la misma tiene límites, que impiden que se responda en los mismos términos que el responsable fiscal o por el todo (existen exclusiones, sumas aseguradas, deducibles, etc.).

Vale la pena traer a colación el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que reguló la solidaridad en la responsabilidad fiscal y la circunscribió a las personas que realicen el hecho generador de la responsabilidad, lo cual, por supuesto, no incluye al garante.

“Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.”

La acción fiscal no altera el riesgo asegurado, la suma asegurada ni las demás condiciones propias del contrato de seguro

Según lo manifestado con anterioridad, el contrato de seguro no se altera en su alcance y particularidades por el hecho de que exista un proceso de responsabilidad fiscal.

Lo primero es que el riesgo asegurado es el que se define en la póliza. Sobre el particular el artículo 1054 del Código de Comercio preceptúa el riesgo es 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. Por su parte, el artículo 1056 del Código de Comercio indica que el asegurador podrá asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada. De manera complementaria el artículo 1072 del mismo código establece que el siniestro, que da lugar al nacimiento de la obligación a cargo del asegurador, es la realización del riesgo asegurado.

Así las cosas, el contrato de seguro cubrirá únicamente aquellos eventos que se enmarquen en la definición de riesgo asegurado y las Contralorías deben aplicarlo de manera estricta.

Igual acontece con las sumas aseguradas, límites y sub límites (artículo 1079), deducibles (artículo 1103), garantías (artículo 1061), etc.

La Contraloría tiene facultad para condenar a la aseguradora como responsable civil con base en la póliza

Indudablemente, las Contralorías tienen la facultad de establecer la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales y de condenar a las compañías de seguros con base en las pólizas de seguros que tengan relación con el caso.

Tal condena, se repite, no es a título de responsables fiscales, sino como garantes y en las mismas debe respetarse el respectivo contrato de seguro.

6.4 Vinculación del garante- pólizas que pueden ser afectadas

Con ocasión de los procesos de responsabilidad fiscal es posible que se afecten pólizas de seguro de distinta índole.

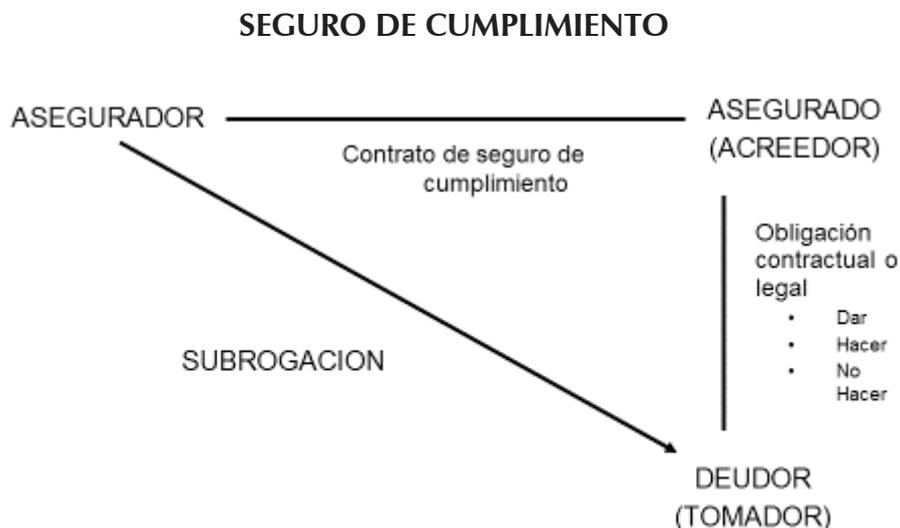
A continuación se presentan sucintamente las pólizas que usualmente se vinculan a los procesos.

Pólizas de Seguro de Cumplimiento

El seguro de cumplimiento, creado por la Ley 225 de 1938 (hoy las normas están en el Estatuto Orgánico de Sistema Financiero), tiene por objeto cubrir al asegurado (acreedor de la obligación) de los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al deudor de una obligación nacida de la ley o del contrato.

En la contratación estatal es obligatorio que el contratista garantice el cumplimiento del contrato, para lo cual la garantía más extendida es la póliza de seguro.

Las Contralorías abren procesos de responsabilidad fiscal contra funcionarios públicos y contratistas en relación con la ejecución de contratos estatales por diversos motivos, casos en los cuales vinculan a las aseguradoras garantes, en relación con los distintos amparos de la póliza (anticipo, cumplimiento, calidad, etc.).



Pólizas de Seguro de Manejo

El seguro de manejo también fue creado por la Ley 225 de 1938 (y sus normas están en el Estatuto Orgánico de Sistema Financiero).

El seguro de manejo tiene por finalidad cubrir al asegurado (en este caso a la entidad que administra recursos públicos) por los actos incorrectos que cometan sus empleados que impliquen apropiación o uso indebido de los recursos de la entidad.

Lo dicho encuentra apoyo en el análisis que realizó sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de julio de 2006, exp. 00191:

“El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2° 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’ ”. (se destaca)

Con base en lo dicho para que una pérdida sufrida por el asegurado genere una obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora (es decir que sea considerada como siniestro) se requiere un acto o infracción cometido por el funcionario, que debe presentarse durante la vigencia de la póliza.

En la práctica es la entidad pública la que toma esta póliza para proteger su patrimonio por las pérdidas producidas por sus empleados.

7 Nota de pie de página original de la sentencia: Ossa J. Efrén, Tratado Elemental de Seguros, Lerner, Bogotá 1963, pg. 514

Las pólizas utilizadas en el mercado cubren tanto la comisión de actos delictuosos por parte de los empleados como los alcances y fallos de responsabilidad fiscal.

Por lo general estas pólizas están estructuradas bajo la modalidad de ocurrencia, lo que se explica a continuación.

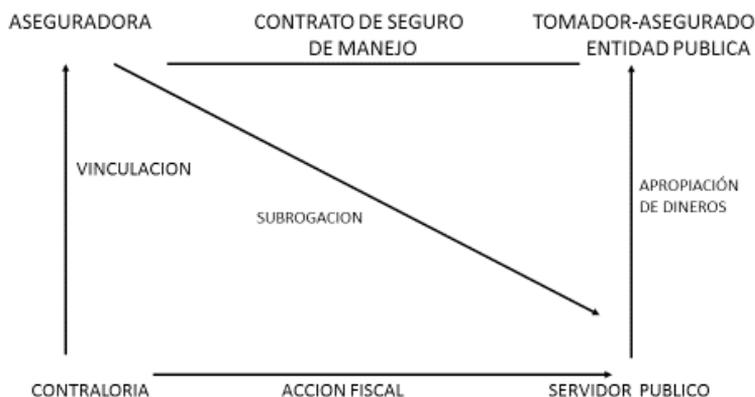
Bajo la concepción original sobre el riesgo asegurable del Código de Comercio, solo los hechos futuros e inciertos son asegurables. Los hechos ciertos (salvo la muerte) por mandato legal no pueden ser objeto de cobertura.

Sin embargo, el mercado internacional de seguros y reaseguros desarrollaron coberturas para seguros de manejo y riesgos financieros en las cuales el siniestro no es la ocurrencia del acto deshonesto sino su descubrimiento por parte del asegurado. La legislación nacional acogió la citada alternativa, inicialmente mediante la Ley 35 de 1993, hoy incorporada al artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (solo para riesgos financieros) y luego por la Ley 389 de 1997 (que la amplió en general para los seguros de manejo).

En consecuencia hoy en día existen dos modalidades de cobertura en seguros de manejo, según lo que se estipule en la póliza:

- Seguro por ocurrencia que cubre los hechos acaecidos en la vigencia de la póliza, modalidad que es la más común en las pólizas de manejo en favor de entidades públicas.
- Seguro por descubrimiento que cubre las pérdidas descubiertas en la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad, alternativa esta que es la usual en la pólizas denominadas de Infidelidad y Riesgos Financieros (IRF), que toman las entidades financieras y algunas empresas y que en adición a la cobertura de manejo comprende otros tipos de riesgos.

SEGURO DE MANEJO SECTOR PÚBLICO



Pólizas de Seguro de Servidores públicos

Los servidores públicos se encuentran sometidos a dos tipos de responsabilidades, las cuales son susceptibles de ser aseguradas:

- Responsabilidad personal por acción de repetición del Estado contra el funcionario y llamamiento en garantía (regulados en la Ley 678 de 2001).
- Responsabilidad fiscal (regulada por la Ley 610 de 2000).

En el pasado se discutía si las entidades públicas estaban legitimadas para contratar estos seguros. A partir de la expedición de la Ley 998 de 2005, es claro que sí es viable su contratación:

“Artículo 53. Las entidades estatales podrán constituir mediante patrimonio autónomo los fondos a que se refiere el artículo 107 de la Ley 42 de 1993. Los recursos que se coloquen en dichos fondos ampararán los bienes del Estado cuando los estudios técnicos indiquen que es más conveniente la cobertura de los riesgos con reservas públicas que con seguros comerciales.

Cuando los estudios técnicos permitan establecer que determinados bienes no son asegurables o que su aseguramiento implica costos de tal naturaleza que la relación costo-beneficio del aseguramiento es negativa, o que los recursos para autoprotección mediante fondos de aseguramiento son de tal magnitud que no es posible o conveniente su uso para tal fin, se podrá asumir el riesgo frente a estos bienes y no asegurarlos ni ampararlos con fondos de aseguramiento.

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.

Esta disposición será aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta asimiladas a estas” (se destaca)

Los citados seguros son contratos estatales que, en principio, se rigen por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Los seguros a los que nos hemos venido refiriendo son de responsabilidad civil, cuyas pólizas en el mercado se han definido bajo la modalidad de reclamación, aspecto que amerita una explicación más detallada, en la medida que se presentan confusiones que se traducen en decisiones que se apartan de la estructura técnica de las coberturas.

En un comienzo, el Código de Comercio estableció el seguro de responsabilidad bajo la modalidad de ocurrencia, de suerte que se cubrían los daños que causara el asegurado (potencial responsable), durante la vigencia de la póliza, así la reclamación judicial o extrajudicial del perjudicado se presentara con posterioridad a la expiración de la vigencia.

Luego, el mercado internacional de seguros y reaseguros desarrolló las coberturas de seguros estructuradas por reclamación (denominadas también como Claims made), en las cuales si bien el riesgo que se cubre sigue siendo la responsabilidad, el siniestro ya no es el hecho sino la reclamación de la víctima al asegurado o a la aseguradora.

Bajo esta modalidad, el hecho pudo haber ocurrido en la misma vigencia de la póliza o en el pasado (si se otorga periodo de retroactividad), lo determinante es que la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador tenga lugar en la vigencia de la póliza, pues tal reclamo es el siniestro.

Los seguros de responsabilidad por reclamación fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la Ley 389 de 1997.

La síntesis de las modalidades de cobertura en el derecho colombiano es la siguiente:

Ambito de aplicación	Modalidad de cobertura	Norma
ESQUEMA GENERAL	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
SEGURO DE MANEJO Y RIESGOS FINANCIEROS	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Descubrimiento de la pérdida	Ley 35 de 1993-art. 185 EOSF y art. 4 Ley 389 de 1997
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Reclamación de la víctima	Art. 4 Ley 389 de 1997

Esta descripción la hacemos porque los seguros de servidores públicos son pólizas de responsabilidad civil estructuradas bajo la modalidad de reclamación, por cuanto solo así el mercado de reaseguros internacional da su respaldo.

Las pólizas existentes en el país definen reclamo como la notificación escrita a los funcionarios asegurados de un auto de apertura de una Investigación Fiscal en su contra

Teniendo en cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal versa sobre hechos ocurridos con anterioridad, las pólizas emplean una fecha de retroactividad, de manera que se ampara la responsabilidad fiscal proveniente de procesos abiertos durante

la vigencia de la póliza y que se originen en hechos acaecidos luego de la fecha de retroactividad.

Otro aspecto relevante, es que las pólizas en cuestión prevén la cláusula de unidad de siniestro, conforme con la cual se entiende que hay un solo siniestro cuando se trata de un conjunto de conductas de la misma naturaleza.

En tal virtud, las conductas repetitivas en el tiempo que se hayan cometido durante varias vigencias constituirán un solo siniestro (se aplicará un solo deducible) y, por tanto, solo podrán afectar una vigencia de la póliza: la que estaba en vigor cuando se produjo el reclamo, en este caso la notificación del auto de apertura de la investigación fiscal.

SEGURO RESPONSABILIDAD SERVIDOR PÚBLICO



autorizado por el artículo 53 de la Ley 998 de 2005

Pólizas de Seguro de Directores y Administradores

Los directores y administradores de empresas están sometidos al régimen de responsabilidad previsto, en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por la Ley 222 de 1995, el cual dispone que *“Los administradores responderán solidariamente e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”*.

Como consecuencia de un acto negligente de un administrador varias personas son susceptibles de sufrir un daño, a saber:

- La propia sociedad, pues su patrimonio puede verse erosionado como consecuencia del acto impropio del administrador. La sociedad está en posición de

demandar al administrador mediante la denominada acción social de responsabilidad, regida por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, cuyo ejercicio requiere de una decisión en tal sentido por parte de la asamblea general o de la junta de socios de la sociedad.

- Los accionistas o socios que son personas distintas de la sociedad y que en su propio patrimonio también son susceptibles de sufrir un daño.
- Los terceros que tienen la facultad de demandar directamente al administrador. La Contraloría pertenece a este último grupo, con la aclaración que su actuación contra el administrador la hace basada en las normas especiales de la responsabilidad fiscal. La Contraloría no reclama un derecho propio, reclama el derecho del Estado por el detrimento patrimonial derivado de la actuación del gestor fiscal.

Las pólizas aseguran la responsabilidad personal del director o administrador y para el efecto incluyen definiciones de asegurado que abarcan a los miembros de junta directiva, representantes legales, gerentes y en general a cualquier otro que desempeñe funciones de dirección que impliquen facultades de decisión o gobierno.

Nótese que las pólizas en comento no cubren la responsabilidad propia de la empresa.

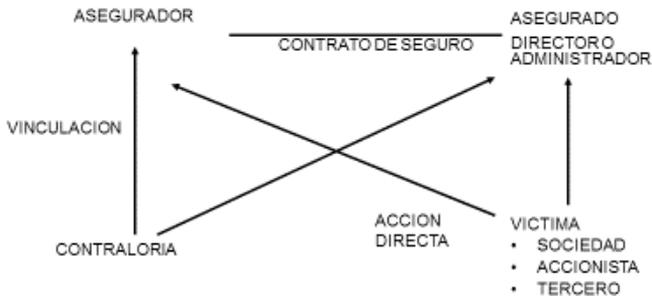
Las pólizas cubren los reclamos contra los directores o administradores por un acto incorrecto en ejercicio de sus funciones como director o administrador que genere responsabilidad civil a su cargo, reclamo que deberá ser formulado por primera vez durante el período de vigencia de la cobertura y que se refiera a hechos no conocidos con anterioridad como posibles generadores de daño que darían lugar a responsabilidad (modalidad de reclamación o claims made).

Si el reclamo fue presentado antes de iniciarse la vigencia o si el hecho razonablemente podía dar lugar a un reclamo y era conocido por el asegurado antes de iniciar la vigencia, no habrá lugar a cobertura de estas situaciones.

En cuanto a los hechos no conocidos es posible que se pacten períodos de retroactividad; es decir, que se cubran las reclamaciones formuladas en la vigencia de la póliza que se refieran a hechos ocurridos con anterioridad (que podían razonablemente dar lugar a un reclamo), siempre y cuando no hayan sido conocidos por el asegurado.

Los particulares que administren recursos públicos son gestores fiscales. Cuando se trata de particulares, puede ser considerado gestor fiscal tanto la persona jurídica privada como su administrador o director, caso en el cual, las compañías de seguros que emitieron las pólizas son vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal.

SEGURO RESPONSABILIDAD DIRECTORES Y ADMINISTRADORES



Pólizas de seguro de responsabilidad de las empresas (responsabilidad profesional)

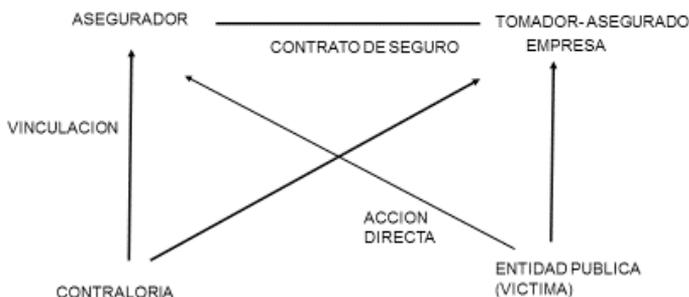
Por último, pueden existir pólizas que toman las empresas que son administradoras de recursos públicos (gestores fiscales), que cubren su responsabilidad profesional, en tanto que comprenden las actividades propias de su objeto social.

Son pólizas diferentes de las denominadas de responsabilidad extracontractual, las cuales amparan a la empresa por los daños físicos que causen en el terreno extracontractual en sus predios, o en ejercicio de sus labores y operaciones.

También son diferentes de las pólizas de directores y administradores que aseguran solo a las personas naturales que actúan como directores y administradores.

Las pólizas de responsabilidad profesional de las empresas, relevantes en la responsabilidad fiscal, se limitan básicamente a las que toman las entidades financieras (se contratan junto con la póliza de IRF). Tales pólizas igualmente se contratan bajo la modalidad de reclamación (claims made).

SEGURO RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA EMPRESA



6.5 Vinculación del garante- problemática

La aplicación de la responsabilidad fiscal en la práctica ha generado múltiples problemas en el sector asegurador. A continuación se presentan algunos de los casos más representativos.

Afectación de múltiples vigencias- alteración de la noción de siniestro

Hemos dicho que en seguros existen varias modalidades de cobertura:

- En primer lugar los seguros por ocurrencia. La concepción básica y general del Código de Comercio permite el aseguramiento de hechos futuros e inciertos. Por definición legal (artículo 1054 del Código de Comercio) el riesgo debe ser futuro, de manera que los contratos de seguro sólo tienen la virtud de cubrir hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia. El artículo 1054 del Código de Comercio prevé: “los hechos ciertos...no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro”. El siniestro es el hecho que debe ocurrir en la vigencia de la póliza.
- En los seguros de infidelidad y riesgos financieros y de manejo, una ley especial (Ley 389 de 1997) faculta a las partes para que pacten estos seguros, bien por la modalidad tradicional de ocurrencia o por la modalidad de descubrimiento. En éste último caso el siniestro es el descubrimiento de las pérdidas durante la vigencia de la póliza.
- En los seguros de responsabilidad civil una ley especial (Ley 389 de 1997) admitió que las partes pacten las coberturas bajo la modalidad original de ocurrencia o por reclamación, hipótesis en la cual el siniestro es la reclamación de la víctima que debe ser formulada durante la vigencia.

Las anteriores reglas nos permiten, en cada caso, identificar el siniestro y ubicarlo en la vigencia respectiva, en el entendido que un único siniestro sólo puede afectar una vigencia de la póliza.

El artículo 1073 del Código de Comercio establece los parámetros temporales para identificar la póliza que debe ser afectada por un siniestro:

- Si el siniestro comienza antes de la iniciación de vigencia de la póliza (y continua después) la póliza que se afecta es la de la vigencia anterior (ya no es incierto).
- Si el siniestro se inicia en la vigencia de la póliza y continua después de su expiración la única póliza que lo cubre es la vigente cuando comenzó su realización.

En efecto, el artículo 1073 del Código de Comercio preceptúa:

“ARTÍCULO 1073. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume 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”. (Se destaca).

Con idéntica perspectiva el Consejo de Estado, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2002, exp. 22511, puntualizó la necesidad de que el riesgo deba tener lugar durante la vigencia de la póliza:

“La vigencia de la póliza es el período dentro del cual el asegurador si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responder, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, responsabilidad de indemnizar.”

Ahora bien, en la realidad es posible que existan conductas repetitivas o que forman parte de la misma finalidad, por lo cual algunas pólizas incorporan la definición de unidad de siniestro, bajo los siguientes términos:

*“Constituye un solo **Siniestro** la **Reclamación** o serie de **Reclamaciones** debidas a un mismo **Acto Incorrecto** o serie relacionada de **Actos Incorrectos**, con independencia del número de reclamantes, investigaciones formuladas o de **Funcionarios Asegurados** intervinientes y responsables”.*

La consecuencia lógica de lo expuesto es que el siniestro (en cualquiera de sus modalidades) es un evento que únicamente puede afectar la vigencia en que se presenta.

No puede afectar la vigencia anterior, por cuanto el siniestro no ha aflorado, es decir no ha ocurrido o no se ha descubierto la pérdida (manejo o IRF) o la víctima no ha reclamado (Responsabilidad civil bajo Claims Made).

Tampoco puede afectar la póliza posterior, ya que si el siniestro se inicia en una vigencia, únicamente esa debe correr con el siniestro. Las vigencias siguientes no obligan al asegurador por cuanto el siniestro ya se había iniciado y ya no era futuro e incierto.

Por lo tanto, la afectación de varias vigencias para acumular sumas aseguradas y acrecentar la indemnización respecto de un único evento o siniestro, es una práctica proscrita por las leyes que gobiernan el contrato de seguro.

Se han registrado algunos casos en los cuales las Contralorías, tratándose de pérdidas generadas a lo largo del tiempo, por conductas continuadas de gestores

fiscales, han afectado múltiples vigencias de pólizas, acumulando sumas aseguradas con manifiesta violación del marco jurídico del contrato de seguro, en relación con:

- La noción de siniestro
- La regla de afectación de vigencias
- El carácter futuro del riesgo

Prescripción

Otro asunto que ha suscitado importantes discusiones es el atinente a la prescripción del seguro. Como ya se dijo anteriormente, el Consejo de Estado (sentencias de 18 de marzo y 17 de junio de 2010) consideró, en contra de la opinión de la Contraloría, que la prescripción se rige por el Código de Comercio (2 años), dado que la aseguradora no es responsable fiscal.

Ciertamente, la Ley 610 de 2000 prevé normas relativas a la caducidad y a la prescripción de la acción fiscal. Sin embargo, dichas normas no se aplican en relación con el contrato de seguro, ya que la responsabilidad de la compañía de seguros no es de naturaleza fiscal, sino que proviene de dicho contrato.

Así lo estableció de manera inequívoca el Consejo de Estado, Sección Primera, por sentencia del 18 de marzo de 2010, exp.00529-01, en la cual puntualizó:

“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 de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable”.

Dicha tesis se reiteró en sentencia de la misma sala de 17 de junio de 2010, exp. 00654-01.

De acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción en materia de contrato de seguro puede ser ordinaria, la cual tiene un término de 2 años contados desde el conocimiento del hecho que constituye el siniestro o del momento en que se ha debido conocer. La prescripción del seguro también puede ser extraordinaria, que corre desde el siniestro y su término es de 5 años, el cual corre con independencia de si el interesado conoció o no el hecho.

En tal virtud, los términos de las respectivas prescripciones se computan de la siguiente manera:

- El cómputo de la prescripción ordinaria se inicia con el conocimiento del hecho por parte del interesado y es de 2 años.
- El inicio del cómputo de la prescripción extraordinaria del contrato de seguro será la fecha de ocurrencia de los hechos constitutivos del siniestro y su término es de 5 años.

En materia de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado, en las sentencias citadas anteriormente, dispuso que la prescripción ordinaria del seguro se inicia con el conocimiento del hecho por parte de la Contraloría, su duración es de 2 años y se configura si en dicho término no se emite fallo con responsabilidad fiscal.

El inicio del cómputo de la prescripción de la acción del contrato de seguro será la fecha de ocurrencia de los hechos constitutivos del siniestro tratándose de la extraordinaria.

En cuanto a la ordinaria se requiere el conocimiento del interesado, en este caso la Contraloría. Al respecto existirían varias posibilidades lo cual dependerá del caso concreto.

En primer lugar, que se entienda que el punto de partida sea la ocurrencia de los hechos, pues, como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de 18 de marzo de 2010 ya citada *“en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado”*.

La segunda opción consistiría en tener como punto de partida la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, lo cual se sostuvo en la sentencia del Consejo de Estado de 17 de junio de 2010.

La tercera alternativa es examinar realmente el momento en que la Contraloría conoció los respectivos hechos. Tal fecha podrá corresponder a cuando ocurrieron los hechos si estos son notorios o cuando la Contraloría inició sus indagaciones preliminares. No consideramos que el punto inicial sea la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, pues la Contraloría siempre conoce con antelación los hechos que motivan el proceso.

Iniciado su cómputo, la prescripción se configurará si el fallo de responsabilidad fiscal no se emite antes que expire el plazo.

Ahora bien, la situación descrita cambió radicalmente con la expedición de la Ley 1474 de 2011, cuyo artículo 120 sometió a las pólizas de seguro a los plazos de prescripción de la Ley 610 de 2000 (5 años).

“Artículo 120. Pólizas. 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 9° de la Ley 610 de 2000”.

Nótese que el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 se refiere tanto a la prescripción como a la caducidad, por lo cual es evidente la falta de técnica jurídica y de claridad del nuevo texto.

Esta nueva situación genera interrogantes sobre tres tópicos a saber:

- En primer lugar, el tránsito de legislación respecto de hechos que acontecieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011 (12 de julio de 2011).

Sobre este particular resulta indispensable traer a colación la regla prevista en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone:

“Artículo 41. -La prescripción iniciada bajo el imperio de la ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente (...)”

Así las cosas, cuando el plazo prescriptivo haya iniciado su cómputo antes de entrar en vigencia la Ley 1474 de 2011, la aseguradora tiene el derecho de elegir la norma de prescripción que regirá su obligación

- En segundo lugar, 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 contencioso contractual y simultáneamente la Contraloría tendría la potestad de adelantar el proceso, el cual es posible que culmine con decisiones opuestas al proceso judicial.

Desconocimiento del riesgo asegurado y otras limitaciones propias del contrato de seguro

De manera precedente se manifestó que la vinculación del asegurador se encuentra delimitada por el riesgo asegurado (sentencia de la Corte Constitucional C-648 del 13 de agosto de 2002). Sin embargo, en ocasiones las Contralorías desconocen el riesgo asegurado y condenan a las compañías respecto de situaciones no cubiertas. Desde

el año 2001, el Dr. César Núñez Villalba llamó la atención sobre la problemática de interpretaciones inapropiadas de las contralorías⁸.

Así mismo, las Contralorías en oportunidades dejan de aplicar las cláusulas de deducibles e, incluso, de sumas aseguradas en una clara violación de las normas que rigen el contrato de seguro.

El deducible regulado por el artículo 1103 del Código de Comercio, es la participación que asume el asegurado cuando acaece el siniestro, que se refleja en una suma o porcentaje pactado en la póliza de seguro. Al respecto es ilustrativa la definición dada por el tratadista J. Efrén Ossa, en su obra Teoría General del Contrato de Seguro:

“El deducible. Que como primera pérdida, estimada conforme a la previsión del contrato, corre siempre a cargo del asegurado y que tanto puede estar representado por una suma fija como por un porcentaje de la suma asegurada.”

La suma asegurada está prevista por su parte en el artículo 1079 del Código de Comercio, conforme al cual el asegurador no está obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, motivo por el cual la acción fiscal se encuentra limitada frente a la afectación de la póliza de seguro

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia de 14 de diciembre de 2001, Exp. 5952, expresó:

“Relativamente al primero de aquellos límites, es decir, el valor asegurado, débese destacar, en primer lugar, que constituye, por mandato del numeral 7° del artículo 1047 ejusdem, una de las menciones que debe contener la póliza o, por lo menos, la forma de precisarlo; al paso que, por virtud de la prescripción contenida en el artículo 1079 ibídem, “el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1074”. Se trata, en fin, de una condición específica de la póliza que, además de poner de relieve la cantidad de la protección requerida por el asegurado, en este caso, mediante una declaración unilateral, demarca el monto máximo de la indemnización o suma asegurada que la aseguradora debe pagar en caso de siniestro; sin dejar de lado que, también, sirve de base para calcular, junto con otros factores técnicos, la prima que el tomador debe pagar”.

Con este proceder las Contralorías trasgreden principios medulares del seguro, lo que sin lugar a dudas altera el normal funcionamiento de la institución.

8 Núñez Villalba, Cesar Augusto, El Seguro de Cumplimiento, Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguro en Colombia, 1971-2001, ACOLESE, 2001, pág.290.

La existencia de la responsabilidad fiscal no tiene como efecto que el seguro sea un contrato sin límites y condiciones que deba cubrir cualquier detrimento patrimonial que establezcan las Contralorías.

Pactos de coaseguro

Es usual que existan pólizas emitidas en coaseguro, en las cuales dos o más compañías aparecen como aseguradoras.

En el coaseguro no existe solidaridad entre las compañías, puesto que el pacto de coaseguro, por su propia naturaleza, supone una asignación a cada aseguradora de un porcentaje específico de responsabilidad, de tal suerte que cada una se obliga a una cuota determinada (artículo 1095 del Código de Comercio).

Cuando el contrato de seguro se celebra con una entidad pública será un contrato estatal, hipótesis en la cual la existencia de múltiples contratistas (aseguradoras) se traduce en un consorcio o una unión temporal, figuras que por norma de la contratación estatal suponen solidaridad⁹.

En los procesos de responsabilidad fiscal en caso de coaseguro la vinculación debe hacerse respecto de todas las compañías que conforman el coaseguro, ya que cada una responde por su cuota y la aseguradora líder del coaseguro no tiene la representación en materia procesal.

Sin embargo, algunas Contralorías vinculan al proceso solo a la compañía líder pretendiendo que ella responda por el todo, lo cual representa una violación al debido proceso.

Ante una condena solidaria no hay reglas para definir el contrato de seguro que debe cubrir la pérdida

Las Contralorías están facultadas por la Ley 1474 de 2011 para emitir fallos de responsabilidad fiscal, en los cuales se condene solidariamente a los gestores fiscales que hayan causado el daño. Se recuerda que las aseguradoras no son responsables fiscales ni están obligadas solidariamente a la reparación.

9 Se discute si respecto de los contratos de seguro las figuras de consorcio o unión temporal de la contratación estatal son aplicables, ya que en materia de contrato de seguro existen normas de carácter especial, motivo por el cual algunos sostienen que incluso en la contratación pública el coaseguro no implica solidaridad entre las aseguradoras. Es ilustrativo el estudio *Las aseguradoras como sujetos privados en la contratación estatal. Modalidad de contratación por el sistema del coaseguro y la extensión de la responsabilidad de las coaseguradoras en los seguros oficiales*; Rodas Duque, Fernando, Memorias XX Encuentro Nacional de ACOLDESE, Medellín, octubre de 1996, pág. 309.

“Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal...en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”.

Es posible que cada uno de esos gestores tenga pólizas de seguro, las cuales, a su turno, pueden ser de diversa índole (cumplimiento, manejo, servidores públicos, etc.).

La solidaridad supone que cualquiera de los condenados está obligado por el todo, si bien posteriormente entre los diversos deudores se defina quien el responsable final o si hay lugar a la repartición de responsabilidades por cuotas (artículo 1579 del Código Civil).

Cuando la Contraloría profiere un fallo solidario, no define quien es el pagador final, lo cual significa que cada aseguradora estará obligada a cubrir la indemnización en los términos del contrato de seguro. Luego, será necesario examinar el caso concreto para establecer quién es el responsable final, lo cual escapa al ámbito del proceso de responsabilidad fiscal. Al respecto deberá tenerse en cuenta que el asegurador que pague una indemnización se subroga contra el responsable del siniestro, de manera que el responsable final asuma el costo del detrimento.

7. CARÁCTER AUTÓNOMO Y SU RELACIÓN CON OTROS PROCESOS

Los seguros pueden hacerse efectivos por los jueces naturales del contrato de seguro en los respectivos procesos, a saber:

- Proceso civil ordinario, de carácter declarativo que permite definir los litigios en los seguros entre particulares.
- Proceso contenciosos administrativo, también declarativos, que tienen como finalidad resolver los conflictos sobre los contratos estatales de seguros y los seguros de cumplimiento de contratos estatales.
- Tribunales de arbitramento, que asumen competencia para conflictos derivados de contratos de seguros, según los respectivos pactos arbitrales.

Tratándose de seguros de cumplimiento, existe un procedimiento administrativo en la vía gubernativa (no es proceso judicial), que permite declarar el incumplimiento de los contratos estatales y hacer efectivas las pólizas de seguro de cumplimiento (hoy está regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011).

La cuestión es que las decisiones que se adopten por los jueces del contrato o en la vía gubernativa pueden ser contradictorias con los fallos de las Contralorías, lo cual refleja la inseguridad jurídica que han generado los procesos de responsabilidad fiscal.

El carácter autónomo e independiente no puede significar que la responsabilidad fiscal prevalezca sobre las demás instituciones y sobre todo sobre las decisiones de los jueces.

Al respecto es fundamental tener en consideración que los fallos de responsabilidad fiscal son actos administrativos sometidos al control de legalidad que ejerce el juez administrativo, lo cual quiere decir que las sentencias judiciales priman sobre las decisiones de las Contralorías.

ANEXO

Clase	Constitución política	Norma legal	Responsable	Fundamento
Responsabilidad fiscal	arts. 267 y 268	Ley 610 de 2000	Servidor público. Particulares que ejerzan gestión fiscal	Gestión fiscal Dolo o culpa grave Daño Relación de causalidad
Responsabilidad civil por indemnizaciones a cargo del Estado	art. 90	CPACA Ley 678 de 2001	Servidor público. Particulares que ejerzan funciones publicas	Dolo o culpa grave Daño Relación de causalidad

Clase	Jurisdiccion	Atributos	Proceso	Acciones
Responsabilidad fiscal	Contralorías	Autonomía Resarcitoria Acumulable (penal, disciplinaria)	Administrativo	Acción fiscal
Responsabilidad civil por indemnizaciones a cargo del Estado	Jurisdicción de lo Contencioso Adm.	Autónoma Resarcitoria acumulable (penal, disciplinaria)	Jurisdiccional	Llamamiento en garantía. Acción de repetición en procesos: Contractuales, Reparación directa, Nulidad y restablecimiento

BIBLIOGRAFIA

Fuentes doctrinales

Amaya, Uriel "Teoría de la Responsabilidad Fiscal –Aspectos sustanciales y procesales" Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Núñez Villalba, Cesar Augusto, El Seguro de Cumplimiento, Evolución y Perspectivas del Contrato de Seguro en Colombia, 1971-2001, ACOLDESE, 2001.

Ossa, Efrén "Tratado elemental de seguros" Lerner, Bogotá, 1963.

Planiol, Marcel et Ripert, Georges, "Traité pratique de Droit Civil Français" Tomo I Obligations LGDJ, París, 1390.

Rodas Duque, Fernando, Memorias XX Encuentro Nacional de ACOLDESE, Medellín, octubre de 1996,

Sánchez, Carlos A y otros, "Responsabilidad fiscal y control de gasto público" Biblioteca Jurídica Diké-Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004

Fuentes jurisprudenciales

Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y jurisdicción coactiva Circular N° 82113-001199 de junio 19 de 2002

Consejo de Estado Sección Primera Sentencia octubre 20 de 2011 N° Radicación 2003-00227-01 Magistrado Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Consejo de Estado Sección Primera Sentencia marzo 18 de 2010 Exp. 00529-01 Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

Consejo de Estado Sección Primera Sentencia junio 17 de 2010 Exp. 00654-01 Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

Corte Constitucional Sentencia SU-620 de 1996 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional Sentencia C-619 de 2002 Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional Sentencia C-648 de 2002 Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional Sentencia C-340 de 2007 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Corte Suprema de Justicia Sala Civil de Casación Sentencia de julio 24 de 2006 Exp. 00191 Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Corte Suprema de Justicia Sala Civil de Casación Sentencia de diciembre 14 de 2001 Exp. 5952 Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Fuentes legislativas (Colombia)

Decreto 663 de 1993 Estatuto orgánico del sistema financiero

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el libro segundo del Código de Comercio le expiden un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995

Ley 389 de 1997. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Julio 18 de 1997

Ley 610 de 2000. Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal a competencia de los contratistas. Agosto 15 de 2000

- Ley 678 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 del llamamiento en garantía con fines de repetición. Agosto 3 de 2001
- Ley 998 de 2005. Por el cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2006. Diciembre 1° de 2005.
- Ley 1474 de 2011. Por el 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. Julio 12 de 2011