

INCIDENCIA Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS EN LOS PROCESOS
DE RESPONSABILIDAD FISCAL

MATEO RODRÍGUEZ BORDA

DIRECTOR

JOSÉ PABLO NAVAS PRIETO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2014

INCIDENCIA Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS EN LOS PROCESOS
DE RESPONSABILIDAD FISCAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2014

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

A mis padres, por quien soy, por el amor, el ejemplo y el apoyo incondicional.

Al doctor Néstor Humberto Martínez Neira, mentor, en señal de mi profunda admiración y en agradecimiento por su invaluable aporte a mi formación profesional.

Al doctor José Pablo Navas Prieto, maestro, por su generosidad en el conocimiento transmitido y en la amistad compartida, primero en las aulas y luego en la dirección de esta Monografía.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
PROLEGÓMENO.....	10
EL SEGURO DE MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS.....	10
CAPÍTULO I.....	15
LA FUNCIÓN DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA	15
1. <i>Breve antecedente</i>	15
2. <i>Aproximación a la noción de responsabilidad fiscal</i>	20
CAPÍTULO II.....	24
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.....	24
1. <i>La gestión fiscal</i>	24
2. <i>La conducta dolosa o gravemente culposa</i>	25
2.1. <i>Noción</i>	25
2.2. <i>Presunción de inocencia y carga de la prueba</i>	28
2.3. <i>Aseguramiento del dolo y la culpa grave en el ámbito de la responsabilidad fiscal</i>	30
3. <i>El daño patrimonial al Estado</i>	34
3.1. <i>El daño como fundamento de la responsabilidad fiscal</i>	35
3.2. <i>El daño continuado y su cobertura</i>	40
4. <i>El nexo causal</i>	46
CAPÍTULO III	49
LA COMPAÑÍA DE SEGUROS COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.....	49
1. <i>El garante o tercero civilmente responsable</i>	49
2. <i>Importancia del momento de su vinculación al proceso</i>	49
3. <i>La modalidad de cobertura de las pólizas y la configuración del siniestro</i>	53
3.1. <i>Modalidad “por ocurrencia”</i>	54
3.2. <i>Modalidad “claimsmade”</i>	56
4. <i>El coaseguro, el consorcio y la unión temporal de compañías de seguros y su incidencia en el proceso fiscal</i>	62
4.1. <i>Teoría y efectos del coaseguro en el proceso de responsabilidad fiscal</i>	62

4.2. <i>La expedición de pólizas por consorcios o uniones temporales de aseguradoras, incorporando una cláusula de coaseguro</i>	66
5. <i>Alcance y extensión de la obligación indemnizatoria del asegurador</i>	71
6. <i>La subrogación del asegurador en los derechos de la entidad asegurada</i>	74
7. <i>La vinculación del asegurador a dos o más procesos por virtud de una misma póliza y su tratamiento frente a una decisión condenatoria</i>	75
8. <i>Caducidad y prescripción de la acción fiscal y de las acciones derivadas del contrato de seguro: vacíos e interrogantes</i>	77
8.1. <i>La Ley 610 de 2000</i>	77
8.2. <i>El Código de Comercio y la Ley 1474 de 2011</i>	78
9. <i>El control de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal y los derechos del garante</i> ..	81
CONCLUSIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	89

INTRODUCCIÓN

Las normas que regulan lo relativo a los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías en Colombia, contemplan la posibilidad de vincular a la compañía de seguros que haya amparado al presunto responsable, o al bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, en calidad de tercero civilmente responsable, otorgándole para tal efecto los mismos derechos y facultades del principal implicado. Así lo dispone el artículo 44 de la ley 610 de 2000:

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.

Esta disposición, junto con otras que también son objeto de estudio en el presente trabajo, son las que tratan el tema concerniente al garante dentro del proceso de responsabilidad fiscal, refiriéndose a aspectos como los requisitos de procedencia de su vinculación, las garantías procesales mínimas con que cuenta durante la actuación, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, entre otros.

Sin embargo, además de ser relativamente escasas, dichas disposiciones no permiten apreciar en toda su dimensión ese fenómeno procesal que, de suyo, implica para todos y

cada uno de los actores del proceso –incluido, por supuesto, el propio órgano fiscalizador– el tener que considerar la incidencia y los efectos directos del derecho de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal.

La constitución del garante como sujeto procesal, llamado a responder patrimonialmente en virtud de una póliza de seguro, gobernada por la ley y las instituciones de derecho civil y mercantil, en una actuación típicamente administrativa, implicará que el proceso adquiera una mayor interdisciplinarietà, a tal punto que no resulte suficiente una aproximación al caso – mucho menos un juicio de responsabilidad fiscal – únicamente desde la perspectiva del derecho público.

Tópicos como la configuración del siniestro, la modalidad de cobertura de las pólizas, la noción de “daño”, la vigencia técnica de la póliza, los actos inasegurables, el agotamiento de la póliza, el coaseguro, el consorcio y la unión temporal de aseguradoras, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, la subrogación del asegurador, por mencionar algunos, cobran especial relevancia dentro del proceso de responsabilidad fiscal a partir de la vinculación del garante.

En esa medida, este trabajo apunta a identificar cuáles son esas normas, instituciones, teorías y principios del derecho de seguros y del derecho privado en general, que están llamadas a producir plenos efectos en el proceso de responsabilidad fiscal. También se propone exponer estas materias con la mayor claridad y analizarlas a la luz del proceso fiscal, teniendo como apoyo no solo las normas positivas que las consagran, sino también el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido cada una de ellas. Todo lo anterior, con

el objetivo de comprender sus consecuencias sustanciales y procesales más relevantes, que a su vez permitan plantear teorías e interpretaciones que sean de utilidad práctica para los distintos sujetos y operadores jurídicos que intervienen en el proceso de responsabilidad fiscal.

Por otra parte, debe precisarse que si bien en el proceso de responsabilidad fiscal pueden verse afectadas diversas clases de pólizas, esta Monografía sólo se enfoca en aquellas que tienen por objeto amparar las pérdidas económicas sufridas por una entidad estatal como consecuencia de la gestión incorrecta de servidores públicos y que acarreen responsabilidad fiscal para los mismos, objeto que cumplen el seguro de manejo global para entidades oficiales y la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos.

De acuerdo con lo anterior y para cerrar este Capítulo preliminar, en este trabajo se analizan las normas de seguros en general, teniendo particular consideración frente a las normas especiales que regulan sendas modalidades de seguro.

PROLEGÓMENO

EL SEGURO DE MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES Y EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA SERVIDORES PÚBLICOS

Previo a desarrollar el objeto de este trabajo y habida cuenta de que en la Introducción se ha anunciado que se tratarán de manera particular el seguro de manejo de entidades oficiales y el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, es menester dedicar este Prolegómeno a la exposición de los aspectos más relevantes de uno y otro seguro, como a la enunciación de algunas de las diferencias más importantes, en aras de que el lector pueda comprender de una mejor manera las observaciones que en líneas posteriores se harán en torno a estas formas aseguráticas.

El seguro de manejo para entidades oficiales es reconocido en el mercado asegurador como un producto enfocado a empresas y/o entidades del sector estatal, que protege a la entidad o empresa asegurada contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos, que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal¹. Tal ha sido el alcance

¹ El lector puede consultar las siguientes pólizas de manejo para entidades oficiales, ofrecidas por las aseguradoras que abajo se señalan:

Póliza de manejo LIBERTY SEGUROS:

https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Biblioteca-de-Documentos/Protecci%C3%B3n%20para%20la%20empresa/MGEO/Mas_informacion_Manejo_Global_Entidades_Oficiales.pdf

Póliza de manejo SURAMERICANA:

<http://www.sura.com/soluciones-empresas/seguro-manejo-sector-publico.aspx>

Póliza de manejo ALLIANZ SEGUROS:

https://www.allianz.co/drvg07sf/AZC_Site_Allianz/Allianz%20Colombia/Archivos/clausulados/Condicionado_Allianz_Manejo.pdf

que le ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en reciente sentencia lo definió en los siguientes términos:

(...) en la denominada póliza global de manejo, las entidades públicas o privadas se precaven frente a los perjuicios que pueden sufrir en su patrimonio con ocasión de la pérdida de sus fondos y bienes, proveniente de las actuaciones de sus empleados en ejercicio de sus cargos y como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de dichos servidores. Tratándose de las entidades estatales, el seguro de manejo las ampara de los actos que sean tipificados como delito contra la administración pública, es decir que en estos casos, el riesgo está fundado en la administración dolosa o gravemente culposa de los bienes y valores confiados al funcionario en razón de su cargo.²

Además, el consabido seguro de manejo encuentra su consagración legal en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual “[d]entro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.”

Póliza de manejo QBE SEGUROS:
<http://www.qbe.com.co/formularios/gb-04-Condicioness%20Generales.pdf>

² CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 19 de junio de 2013, Expediente: 25472. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Por su parte, el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos encuentra su consagración genérica en el artículo 1127 del Código de Comercio, cuyo texto dispone:

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

Debe precisarse que el prenotado amparo para servidores públicos, como una de las especies del seguro de responsabilidad civil, tiene por objeto asegurar el patrimonio del servidor público, trasladando a la aseguradora la obligación de indemnizar el daño patrimonial que en ejercicio de sus funciones el asegurado cause al Estado o a terceros y por virtud de los cuales sea declarado civil o administrativamente responsable. En el mercado de seguros³, esta póliza es reconocida como aquella que ampara los perjuicios patrimoniales sufridos por el estado o por terceros, que sean consecuencia de actos

³ El lector puede consultar las siguientes pólizas de responsabilidad civil para servidores públicos, ofrecidas por las aseguradoras que abajo se señalan:

Póliza de responsabilidad civil para servidores públicos SEGUROS DEL ESTADO:

<http://www.segurosdelestado.com/cmsestado/paginas/documento.aspx?idr=55>

Póliza de responsabilidad civil para servidores públicos LIBERTY SEGUROS:

<https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Paginas/Responsabilidad%20Civil/Responsabilidad-Civil-Servidores-Publicos.aspx#tab-2>

Póliza de responsabilidad civil para servidores públicos QBE SEGUROS:

http://www.qbe.com.co/formularios/RC-06-RCD-03-C_Generales%20RC%20servidores%20P.pdf

Póliza de responsabilidad civil para servidores públicos ASEGURADORA SOLIDARIA:

<https://www.aseguradorasolidaria.com.co/userfiles/file/CLAUSULADOS/Generales/Condiciones%20general es%20poliza%20de%20seguro%20de%20responsabilidad%20civil%20servidores%20publicos%20RC-35.pdf>

incorrectos cometidos por los funcionarios asegurados y respecto de los cuales se siga o deba seguir un juicio de responsabilidad fiscal o una acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición en contra del servidor público asegurado.

Adviértase, entonces, que a diferencia de la póliza de manejo, que asegura el patrimonio de la entidad estatal, la de responsabilidad civil para servidores públicos asegura el patrimonio del funcionario, obligándose el asegurador a resarcir los daños respecto de los cuales el asegurado sea declarado responsable, ya sea en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, o en una acción de repetición.

Ahora, en el seguro de manejo de entidades oficiales el tomador es la entidad pública que, como todas las entidades oficiales, tiene el deber legal de adquirir las pólizas necesarias para asegurar sus bienes e intereses patrimoniales⁴ y por lo tanto es ella quien contrata y se procura la póliza y cancela la contraprestación económica al asegurador. La entidad estatal también adquiere la condición de asegurado, por cuanto es la titular del interés asegurable que puede verse lesionado (su patrimonio).

En cambio, en la póliza de responsabilidad fiscal para servidores del Estado, la calidad de tomador puede radicar bien en cabeza del funcionario, o bien en cabeza de la entidad

⁴ El artículo 62 de la Ley 45 de 1990 que modificó el artículo 244 del Decreto-ley 222 de 1983 es del siguiente tenor:

“Artículo 62. Aseguramiento de los bienes oficiales. El artículo 244 del Decreto-ley 222 de 1983 quedará así: “Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, o de los cuales sean legalmente responsables, se contratarán con cualquiera de las compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país. Los representantes legales, las juntas y consejos directivos de las entidades oficiales serán responsables de que la contratación se efectúe con entidades aseguradoras que ofrezcan adecuadas condiciones en materia de solvencia, coberturas y precios”.

pública, pues nada obsta para que la póliza sea contratada por uno u otra⁵, pero lo cierto es que el asegurado no es, en definitiva, la entidad estatal, sino el funcionario o servidor público, cuyo patrimonio puede verse afectado si se le declara responsable en un proceso de responsabilidad fiscal o en una acción de repetición y se le condena a resarcir con su propio peculio el daño que ha causado.

En lo que respecta a la calidad de beneficiario y sobre la base de que se tiene como tal a “*aquel que tiene derecho a la indemnización*”⁶, atribuimos esta calidad a la Nación, ente a cuyas arcas se destinan los recursos que el responsable fiscal y/o la compañía de seguros le transfieren a título de indemnización, en cumplimiento del fallo de responsabilidad fiscal que profiere la Contraloría⁷ y consideramos que ello es así en ambas clases de seguro.

Hechas estas precisiones acerca de las pólizas que ocupan la atención de esta investigación, proseguimos con el desarrollo del trabajo, sin perjuicio de volver sobre ellas más adelante.

⁵ Recuérdese que el seguro puede ser tomado por cuenta propia o ajena, según lo dispone el artículo 1037, núm. 2 del Código de Comercio, lo que determinará si el asegurado es la misma persona del tomador o un tercero.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera: Sentencia del 31 de julio de 1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 10262.

⁷ En efecto, los pagos de las condenas por responsabilidad fiscal se realizan a una cuenta bancaria en favor de la Dirección del Tesoro Nacional.

Por otra parte, puede decirse que la Nación ejerce esa calidad de beneficiaria de la póliza a través de la Contraloría General de la República y de sus dependencias en el orden departamental, municipal y distrital. Son estos entes de control los encargados de hacer efectiva la póliza en el marco del proceso de responsabilidad fiscal y los facultados para ejecutar los fallos condenatorios mediante un proceso de cobro coactivo.

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA

1. Breve antecedente

La historia del control fiscal se remonta a la época de la Conquista de América, con la instalación de los españoles en el nuevo continente y el establecimiento de una administración de las colonias hispano americanas. Desde luego, fue un control incipiente en sus inicios pero justificado en la preocupación de la Corona por vigilar los fondos y bienes que poseía en los territorios que se encontraban bajo su dominio. El profesor YOUNES MORENO⁸ relata que desde el siglo XVI se conocieron instituciones como las Reales Audiencias, los Consejos de Indias, los Tribunales de Cuentas y, más adelante, las llamadas Oficinas de Contabilidad. A su turno, el historiador GÓMEZ LATORRE⁹ afirma que en uno de los viajes continentales, Cristóbal Colón estuvo acompañado de un *Lugarteniente de los Contadores de Castilla*, que era un funcionario designado por la Corona para controlar los ingresos y egresos oficiales de la expedición.

Ya en la época de vida independiente, se tiene conocimiento de la *Ley principal contra los empleados de hacienda*, decretada el 23 de octubre de 1819 por el Vicepresidente de la Nueva Granada -General Francisco de Paula Santander- y cuyo artículo primero estableció:

⁸ YOUNES MORENO, Diego: “Derecho del Control Fiscal”. Escuela Superior de Administración Pública ESAP. Bogotá, 2010. Pág. 81.

⁹ GÓMEZ LATORRE, Armando: “Antecedentes históricos de la Contraloría”. En: Economía colombiana, núm. 150, 1983. Pág. 52.

*El empleado de Hacienda Nacional a quien se le justificare sumariamente fraude o malversación de los intereses públicos o resultare alcanzado, se le aplicará irremisiblemente la pena de muerte, sin necesidad de formar más procesos que los informes de los tribunales.*¹⁰

En 1824, el Presidente Bolívar ratificaría dicha ley, por medio del Decreto 12 de ese año, en el cual agregó que “*a quien se le comprobare en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de \$10.00 pesos para arriba, queda sujeto a la pena capital. Los jueces a quienes según la ley, compete este juicio, que en su caso no procedieren conforme a este decreto, serán condenados a la misma pena.*”¹¹

Por esa época se crearía la Contaduría General de Hacienda (1821), reestructurada en 1832 y en 1840, para dar paso a la Corte de Cuentas, creada mediante ley orgánica en el año de 1847 y cuyas funciones principales consistían en “*examinar, glosar y fenecer en primera instancia las cuentas mensuales generales y particulares de hacienda (...)*”.¹² La Corte de Cuentas, aunque con algunas reformas en 1850, 1898, 1905, 1912 y 1918, se mantuvo hasta la creación de la Contraloría General de la República, mediante la Ley 42 de 1923.

La Ley 42 de 1923 constituye uno de los frutos de las valiosas recomendaciones formuladas por la misión de expertos encabezada por el profesor Edwin Walter KEMMERER que se

¹⁰ GÓMEZ LATORRE. Ob. Cit. Pág. 53.

¹¹ *Ibíd.*

¹² YOUNES MORENO. Ob. Cit. Pág. 84.

enfocó, principalmente, en los temas de hacienda pública, contabilidad oficial, banca central, instituciones bancarias, supervisión del sector financiero y presupuesto¹³.

Como anticipábamos, por virtud de dicha ley se creó la Contraloría General de la República, como un departamento administrativo independiente de los demás (Artículo 1º), por lo que suponemos que se concibió como parte de la Rama Ejecutiva del poder público. También se dispuso que correspondería al Contralor General examinar, glosar y liquidar las cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación, al igual que todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República (artículo 6); establecer los métodos de contabilidad y la manera de llevar las cuentas de la Nación (artículo 11, 12 y 13); inspeccionar todos los libros y registros de la contabilidad nacional y de aquellos funcionarios que tuvieran a su cargo el manejo de dineros públicos (artículo 15); llamar la atención al funcionario por el uso irregular, innecesario, excesivo o superfluo de dineros o bienes públicos (artículo 23); realizar investigaciones, recaudar y practicar pruebas y presentar el resultado de las mismas ante la autoridad judicial competente (artículos 29 a 31), por citar solo algunas.

Nótese que, aunque sí estaba claramente desarrollada la noción de *fiscalización*, entendida como la labor de examinar, inspeccionar, solicitar informes y, en general, evaluar la gestión de los funcionarios públicos y ejercer un control contable sobre el empleo de los dineros y bienes de la nación, no se llegó a consagrar en esta ley un proceso de responsabilidad propiamente dicho. Por el contrario, encontramos apenas ciertas disposiciones que facultaban al Contralor para iniciar investigaciones, tomar juramentos, declaraciones y

¹³ Al respecto, véase DUQUE ESCOBAR, Iván: “El Control Fiscal”. Impresa Ltda. Bogotá, 1980.

testimonios con el fin de determinar posibles fraudes o malversaciones del patrimonio público y notificarlo a las autoridades judiciales, pero sin que pudiese el Contralor dictar condenas o fallos de responsabilidad por tales hechos. La Contraloría General de la República cumplía entonces una doble función, pues era una especie de “oficina de contabilidad” de la Nación, al tiempo que un órgano de vigilancia y control de la gestión fiscal.

Más adelante, se expediría el Acto Legislativo 1 de 1945¹⁴, que elevó a la Contraloría a rango constitucional y en cuyo desarrollo se dictaría la Ley 58 de 1946, donde por primera vez se estableció, por lo menos expresamente, un claro procedimiento de responsabilidad fiscal, diseñándose para el efecto una jurisdicción exclusiva en cabeza del Contralor General para *“tramitar y decidir por medio de fallos definitivos, que se denominan fenecimientos, todos los juicios fiscales que provengan de glosas formuladas contra los responsables en el trámite del examen y calificación de sus cuentas”* (Artículo 2), los cuales *“una vez declarada su ejecutoria, constituyen el documento ejecutivo sobre el cual ha de proceder el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales a hacer el cobro mediante los trámites del juicio por jurisdicción coactiva”* (Artículo 3). Allí se contemplaron además, los recursos procedentes (Artículos 4 y 6) y la posibilidad de controvertir judicialmente el fallo ante el Consejo de Estado (Artículo 5).

Se destacan también la Ley 151 de 1959, que reguló el control fiscal de las empresas y establecimientos públicos del sector descentralizado y la Ley 20 de 1975, que introdujo

¹⁴ Esa doble función de oficina de contabilidad y de control fiscal quedó expresamente establecida en los artículos 93 y 94 del Acto Legislativo 1 de 1945.

importantes reglas en relación con el control fiscal previo, perceptivo y posterior (Artículo 3), el control fiscal de contratos estatales (Artículos 9, 10 y 11), la auditoría y el control fiscal de empleados de empresas industriales y comerciales del Estado (Artículos 5, 12, 13 y 14) y de las sociedades de economía mixta (Artículo 21), la fiscalización de establecimientos de crédito, compañías de seguros, almacenes generales de depósito y demás entidades vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria (Artículos 22 y 23) y la fiscalización de recursos de la Nación entregados a entidades de carácter privado para fines sociales y culturales (Artículo 61).

Por los variados aspectos que trató, esta ley suscitó una profusa reglamentación por parte del Ejecutivo en relación con la estructura orgánica de la Contraloría (Decreto-ley 924 de 1976), los procedimientos de auditoría (Decreto-ley 925 de 1976), la planta de personal (Decreto-ley 928 de 1976) y la creación y estructura de cargos al interior de la entidad (Decreto-ley 926 de 1976), entre otros.

La Constitución Nacional promulgada en 1991 propuso una nueva concepción del control fiscal, empezando por la separación de la Contraloría de la Rama Ejecutiva y su institucionalización como organismo de control fiscal autónomo e independiente¹⁵. La Ley 42 de 1993 se encargó de desarrollar los postulados de la nueva Carta Política y, entre otros aspectos, estableció los sujetos, principios, organismos, sistemas y modalidades de control fiscal, reguló el procedimiento de jurisdicción coactiva y estableció el proceso de

¹⁵ Sobre la independencia y autonomía de los órganos de control a la luz de la Constitución Nacional de 1991, pueden consultarse las sentencias C-046 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-973 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

responsabilidad fiscal, que posteriormente fue sustituido en su totalidad por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, a las cuales nos referiremos con frecuencia en los capítulos posteriores.

2. *Aproximación a la noción de responsabilidad fiscal*

Interesa en esta etapa introductoria delimitar de manera muy sumaria el concepto de responsabilidad *fiscal*, para distinguirlo de otras formas de responsabilidad, como la *civil*, la *disciplinaria* y la *penal*, todas las cuales presentan claras diferencias y apuntan a proteger bienes jurídicos completamente distintos, aun cuando puedan concurrir unas y otras en un mismo agente.

La responsabilidad *fiscal* es aquella que surge cuando se causa un daño al patrimonio del Estado, que es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal, o por particulares a quienes se les encarga el manejo de fondos o bienes públicos¹⁶. El bien jurídico protegido específico son los fondos y bienes de la Nación (artículo 267 de la C.N.) y sus elementos esenciales son: (i) el ejercicio previo de gestión fiscal, (ii) una conducta reprochable, (iii) un daño de naturaleza patrimonial y (iv) una relación de causalidad entre la conducta y el daño. En ellos nos detendremos en el Capítulo II.

La identificación del patrimonio del Estado como bien jurídico tutelado permite, desde ya, precisar que la declaratoria de responsabilidad tiene una finalidad eminentemente resarcitoria y no sancionatoria, en la medida en que lo que se busca es obtener la

¹⁶ YOUNES MORENO. Ob. Cit. Pág. 270.

indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Esta es, en palabras de la Corte Constitucional, *“una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos.”*¹⁷

La responsabilidad civil, es aquella que surge de comportamientos ilícitos o antijurídicos que, por generar daño a terceros, hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. El profesor TAMAYO JARAMILLO la define como *“la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a tercero”* y agrega que *“ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.”*¹⁸

En nuestro ordenamiento, la responsabilidad civil contractual se encuentra consagrada en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil (Libro Cuarto, Título XII), que regulan lo relativo al efecto de las obligaciones y establecen las consecuencias del incumplimiento en materia contractual. A su turno, la responsabilidad civil extracontractual emana de los artículos 2341 a 2360 del Código Civil, que regulan lo relativo a la responsabilidad civil *por delitos o culpas* y el deber de resarcir el daño antijurídico que se cause a otro.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-131 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier: “Tratado de Responsabilidad Civil”. Legis, 2007. Pág. 8.

En cuanto al bien jurídico tutelado por la responsabilidad civil, compartimos la opinión del profesor ESGUERRA PORTOCARRERO, para quien la responsabilidad civil apunta al restablecimiento del orden patrimonial y *“supone por ello, ante todo un equilibrio económico roto, una situación preexistente que varía en virtud del perjuicio causado a una persona por el hecho de otra”*¹⁹.

La responsabilidad *disciplinaria* guarda estrecha relación con el deber que tienen todos los órganos e instituciones públicas de mantener y restablecer el orden, la disciplina y la moralidad que incumbe conservar a todo aquel que preste sus servicios al Estado como servidor público. Se encuentra consagrada y fundamentada en el artículo 6º de la Carta Política, que dispone que los servidores del Estado responden por infringir la Constitución y las leyes y por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y en el artículo 123 *ibídem*, de acuerdo con el cual es deber de todo servidor público desempeñar sus funciones con estricto apego al bloque de legalidad.

Así lo ha manifestado la Corte Constitucional, para quien la responsabilidad disciplinaria *“tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen*

¹⁹ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos: Citado por YOUNES MORENO, Ob. Cit. Pág. 274.

*los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad*²⁰.

La responsabilidad *penal* es aquella que surge cuando el agente incurre en una o varias de las conductas que el legislador ha tipificado como delito. La jurisprudencia la ha calificado como una responsabilidad genérica, en la que incurre quien con sus actos transgrede, sin justificación legítima, los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal.²¹

Como se dijo, nada obsta para que con una misma conducta pueda incurrirse en varios tipos de responsabilidad, pero, para los fines de este trabajo, se tratarán de manera puntual la responsabilidad fiscal y la responsabilidad civil. La primera, porque es el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y es en la que incurre el gestor fiscal cuando con sus actos dolosos o gravemente culposos menoscaba el patrimonio de la entidad pública. Y la segunda, porque la responsabilidad fiscal en que incurre el funcionario puede estar cubierta por una póliza de seguro y, en tal evento, la aseguradora será un tercero civilmente responsable, llamado a indemnizar el daño que el responsable fiscal haya causado al patrimonio del Estado.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-440 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL

1. La gestión fiscal

La Ley 610 de 2000, en su artículo 1°, señala que “*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 culposa un daño al patrimonio del Estado*”.

Por otra parte, en el artículo 3° de ese mismo estatuto, el legislador definió la gestión fiscal como “*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.*”²².

²² El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en respuesta a la Consulta número 848 del 31 de julio de 1996, ya había definido la gestión fiscal como “el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado”.

En ese orden de ideas, el control fiscal que ejerce la Contraloría solo versa sobre la gestión fiscal que desempeñen agentes del Estado o particulares en el manejo de recursos o bienes públicos. La noción de gestión fiscal, por lo tanto, delimita el ámbito de competencia del órgano fiscalizador en la medida en que solo son objeto de su control quienes manejen o gestionen recursos públicos. Ello lo ubica como el primer elemento de la responsabilidad fiscal pues no puede atribuirse la misma a quien no tiene poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición.²³

2. La conducta dolosa o gravemente culposa

2.1. Noción

En el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad fiscal está definida por un criterio normativo de imputación de carácter subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa grave del agente y se origina en el daño antijurídico sufrido por el Estado y el nexo causal entre dicho daño y la conducta (acción u omisión) del sujeto²⁴. De ahí que para

²³ La Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades que “la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advertiendo 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 prescritas por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados”. (Sentencias C-840 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-832 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-382 de 2008, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

que se pueda derivar responsabilidad fiscal es indispensable que el daño irrogado al Estado sea consecuencia directa de la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal.

También, al determinar la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, el legislador ha previsto un régimen especial para la determinación y la presunción de la culpa grave o el dolo del gestor fiscal. El artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 estableció:

Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones

del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

La anterior disposición en nada riñe con el régimen general de culpa grave y dolo contemplado en el Código Civil, aunque sí lo complementa al introducir unas presunciones de hecho que pueden alivianar la carga probatoria del ente contralor. En todo caso, por virtud del principio de irretroactividad de la ley, las presunciones especiales dispuestas en la Ley 1474 no pueden aplicarse a conductas que hayan tenido lugar con anterioridad a su entrada en vigencia.

También consideramos que, a la luz del debido proceso, tampoco le es dable a la Contraloría aplicar los regímenes de culpa grave y dolo que el legislador ha establecido para la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado y el ejercicio de la acción de repetición (Ley 678 de 2001)²⁵, ni el previsto para la determinación de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos (Ley 734 de 2002)²⁶.

2.2. Presunción de inocencia y carga de la prueba

De la mano de los conceptos de *dolo* y de *culpa grave* desarrollados en el acápite que antecede, aparece el concepto de carga de la prueba, para responder al interrogante acerca de quién debe probar la culpabilidad del gestor fiscal.

²⁵ En este punto compartimos la opinión de la Auditoría General de la República, al sostener que “Emplear taxativamente las presunciones de la acción de repetición en el proceso de responsabilidad fiscal, constituye una violación del debido proceso, puesto que ellas fueron consagradas única y exclusivamente dentro del ámbito jurídico y procesal de la Acción Judicial de Repetición, muy a pesar que ambas acciones persiguen el resarcimiento al patrimonio del Estado, se hace bajo cuerdas y estructuras procesales diferentes.

Con la incorporación específica de las presunciones de dolo y culpa grave en materia fiscal, se evitará igualmente que las contralorías continúen acudiendo a las presunciones de la acción de repetición, puesto que, se reitera, ello constituía una violación sustancial del derecho de defensa y el debido proceso.” (Auditoría General de la República, Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico: “Gestión del proceso de responsabilidad fiscal. Preguntas y respuestas”. Bogotá, 2013. Pág. 122).

²⁶ Con todo, antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, era frecuente que los entes de control fiscal se remitieran a las disposiciones del Código Civil y de la Ley 678 de 2001. Así lo explica la Auditoría General de la República:

“Con anterioridad a esta reglamentación, el elemento sustancial dentro del trípode de la responsabilidad fiscal generador de mayores dificultades probatorias para los operadores jurídicos, era ciertamente, el de la culpabilidad, pues las contralorías en todos los casos tenían la obligación de demostrar la intención dañosa, el aspecto cognoscitivo, la negligencia, la imprudencia o impericia del gestor fiscal, situación que evidentemente dificultaba la determinación de la responsabilidad.

Los únicos referentes normativos del elemento culpa en los procesos de responsabilidad fiscal se encontraban contenidos en el artículo 63 del Código Civil y algunas contralorías acudían a las presunciones de dolo y culpa grave señaladas por los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, sin que éstas se pudieran aplicar taxativamente al proceso de responsabilidad fiscal.” (Auditoría General de la República, Ob. Cit. Pág. 122).

Al respecto, debe anotarse que en esta clase de procesos también rige el principio inexorable de la presunción de inocencia, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza del Estado. La aplicación del principio de inocencia implica que corresponde a la organización estatal probar que una persona es responsable de un *delito*, lo que se conoce como principio *onus probando incumbit actori*, en virtud del cual la actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe encaminarse a destruir la presunción de inocencia que cobija al acusado, respetando las exigencias legales para la producción de las pruebas. En el dicho de la Corte Constitucional, “*no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad*”.²⁷

Si la observancia de la presunción de inocencia no solo es predicable en el proceso penal sino en toda actuación administrativa²⁸ – como es la actuación fiscal –, corresponde a la Contraloría probar que los implicados incurrieron efectivamente en alguno de los comportamientos que el legislador ha definido como constitutivos de dolo o de culpa grave, como requisito para atribuir responsabilidad fiscal, que es a su vez requisito para que nazca la obligación indemnizatoria en cabeza del garante.

En efecto, esta referencia a los conceptos de *culpa grave*, *dolo* y *carga de la prueba* es ciertamente relevante para efectos de activar la responsabilidad de la compañía de seguros y hacer efectivo su amparo pues, independiente del tipo de póliza que se afecte, si no se

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencias C-289 de 2012, C-217 de 2003 y C-576 de 2004, entre otras.

probare culpa grave o dolo del implicado, se echaría de menos uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y, por lo tanto, no se materializaría el riesgo asegurado, ni en la póliza de manejo de entidades oficiales, ni en la de responsabilidad civil para servidores públicos. En otras palabras, si no se prueba culpa grave o dolo del implicado, no hay responsabilidad fiscal y, por contera, no acaece el siniestro, ni nace la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador.

Es importante acotar que el principio de inocencia y la regla de la carga probatoria en cabeza del ente de control no impiden que, tanto el presunto responsable fiscal, como la aseguradora, desplieguen por su cuenta todas las gestiones y actos procesales encaminados a probar que el implicado no ha incurrido en la culpa grave o en el dolo que se le endilga, pues en últimas lo que interesa al proceso es establecer si se configuran o no todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, entre ellos la culpabilidad. Tampoco es óbice para que, dadas las particulares características de la conducta del investigado, el organismo de control fiscal aplique alguna de las presunciones de culpa grave o dolo establecidas en la Ley 1474 de 2011, caso en el cual corresponderá a aquél desvirtuar dicha presunción.

2.3. Aseguramiento del dolo y la culpa grave en el ámbito de la responsabilidad fiscal

Llama la atención que los únicos dos factores de imputación de responsabilidad fiscal – dolo y culpa grave – al mismo tiempo constituyen actos que nuestra legislación mercantil

ha tipificado como inasegurables. En efecto, el artículo 1055 del Código de Comercio establece expresamente que son inasegurables y escapan a la cobertura del contrato de seguros el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, y sanciona con ineficacia cualquier estipulación en contrario²⁹.

A lo anterior debe agregarse que la Ley 45 de 1990 (artículo 84) – *por la cual se expidieron normas en materia de intermediación financiera y actividad aseguradora* – modificó el artículo 1127 del Estatuto Mercantil, al permitir el aseguramiento de la culpa grave en los seguros de responsabilidad³⁰. Por virtud de dicha modificación, la exclusión de la culpa grave en el seguro de responsabilidad perdió su rango de norma imperativa, quedando su aplicación supeditada al querer de las partes³¹. En lo que refiere al dolo, se mantuvo, en

²⁹ Código de Comercio, artículo 1055: “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”

³⁰ Artículo 84. El artículo 1127 del Código de Comercio quedará así: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado (...) Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055. (Se destaca).

³¹ En reciente providencia nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de referirse a esta reforma legal, sobre la cual aclaró:

“A pesar de que se conservó la restricción indicada en el artículo 1055, la misma no puede tener otro alcance que a los otros eventos contemplados en ella como son el “dolo (...) y los actos meramente potestativos del tomador.

(...)

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

todos los casos su exclusión del aseguramiento y la ineficacia de cualquier estipulación en contrario, lo que tiene su fundamento en la incertidumbre del suceso como uno de los elementos esenciales del contrato de seguro y en precizadas razones de orden público, pues de tiempo atrás nuestra Sala de Casación Civil ha determinado que “(...) *permitir la protección frente a la ocurrencia de hechos ilícitos dolosos del tomador sería tanto como facilitar su comisión*”³².

En lo que concierne al seguro de manejo de entidades oficiales, es preciso señalar que el presunto responsable no ostenta ninguna las calidades enunciadas en el referido artículo 1055: no es tomador pues no es quien adquiere la póliza, ni es quien paga el valor de la prima; tampoco es asegurado pues no es el titular del interés asegurable, esto es, del patrimonio que se ve expuesto a una lesión o menoscabo, y mucho menos es el beneficiario, pues no es titular del derecho a recibir la indemnización que corre por cuenta del asegurador.

Por lo tanto, si la póliza afectada es la de manejo de entidades oficiales, el dolo o culpa grave en que incurre el implicado al lesionar el patrimonio público no califica dentro de la exclusión legal contemplada en el artículo 1055 del Estatuto Comercial, pues el único dolo o culpa grave que la ley prohíbe asegurar es el que proviene del tomador, del asegurado o del beneficiario.

JUSTICIA, Sala de Casación Civil: Sentencia 2005-00425 del 5 de julio de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.)

³² *Ibíd.*

En esa medida, puede afirmarse que en los seguros de manejo para entidades oficiales, el dolo y la culpa grave del funcionario responsable sí son asegurables, por cuanto éste no es tomador, ni asegurado, ni beneficiario de la póliza, razón por la cual mal podría la compañía de seguros alegar el dolo o la culpa grave del imputado como medio para exonerarse del pago de la indemnización que por virtud del contrato de seguro le corresponde asumir.

Por su parte, en el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, el tratamiento del dolo y la culpa grave es ciertamente distinto. Como se anticipó en el Prolegómeno, en esta clase de seguro, el asegurado sí es el funcionario público. Luego, si el artículo 1055 del Código de Comercio establece que es inasegurable el dolo del asegurado, pareciera ser claro que si el servidor asegurado ha incurrido en dolo al lesionar el patrimonio público, la aseguradora vinculada al proceso fiscal sí podría objetar del pago de la indemnización aduciendo para ello el dolo del asegurado.

En nuestra opinión, entonces, si la póliza que se pretende afectar es de responsabilidad civil para servidores públicos, el dolo, cuando proviene del asegurado, siempre es inasegurable y no da lugar al surgimiento de la obligación de indemnizar por parte de la compañía aseguradora, por expresa disposición de la normatividad mercantil.

Ahora, si la conducta dañina que se le imputa al servidor asegurado es a título de culpa grave, habrá de estarse a lo dispuesto en el ya comentado artículo 84 de la Ley 45 de 1990, modificatorio del artículo 1127 del Estatuto Mercantil y por lo tanto, la procedencia o no de la indemnización por cuenta de la compañía de seguro dependerá de que se haya pactado

expresamente en el contrato el aseguramiento de la culpa grave del servidor público asegurado.

3. El daño patrimonial al Estado

De conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio, corresponde al ente de control demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, mediante la declaración de la responsabilidad fiscal del implicado y, en consecuencia, hacer efectiva la garantía otorgada por el asegurador. El siniestro tanto en el seguro de manejo global de entidades oficiales, como en el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, es el daño patrimonial sufrido por la entidad pública.

El artículo 6° de la Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial al Estado de la siguiente manera:

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, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo

funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías³³.

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 los términos del artículo 6° citado, la ley consagra una definición amplia de daño patrimonial, relacionando un sinnúmero de sinónimos que pretenden ejemplificar el alcance de dicho fenómeno, sin que se entienda que ellos constituyen una enunciación taxativa que impide la existencia de situaciones diferentes en las cuales se produzca una afectación del patrimonio público, que pueda conllevar a la declaración de responsabilidad fiscal.

Aunque pareciera lo suficientemente acotada esa noción legal del daño, la doctrina y la jurisprudencia le han dado un contenido mucho más complejo y han establecido unas características que éste debe verificar para ser considerado como tal en el marco de la actuación fiscal.

3.1. El daño como fundamento de la responsabilidad fiscal

Por tratarse de un daño patrimonial, la afectación que se produce sólo será de carácter material en la medida en que se circunscriba a un fenómeno netamente pecuniario o económico. El artículo 4° de la Ley 610 de 2000, destaca el daño como fundamento de la

³³ Se aclara que los apartes subrayados fueron declarados inexecutable mediante Sentencia C-340 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esta sentencia será comentada en líneas posteriores.

responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la declaración de dicha responsabilidad y, por ende, tampoco nace la obligación condicional del garante.

Al referirse al daño como elemento esencial de la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional ha afirmado que *“quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido”*³⁴.

También ha precisado que el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite pues de indemnizarse por encima del valor del daño fiscal se produciría un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, situación que el Tribunal citado juzga como “reprochable” desde todo punto de vista.

Además, para que se configure un daño patrimonial al Estado debe existir plena *certeza* sobre la ocurrencia del mismo, pues éste constituye el fundamento para adelantar un proceso de responsabilidad fiscal. Así lo ha sostenido la propia Contraloría, al aceptar que en situaciones en que se detecte la posibilidad de que se presente un *daño futuro*, el órgano fiscalizador sólo puede advertir los riesgos que comprometan el patrimonio público y

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados³⁵. Acerca de la *certeza* del daño, la Contraloría ha dicho:

Desde los principios generales de responsabilidad es necesario destacar que el daño debe ser cierto. Se entiende que «el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño cierto puede ser pasado — ocurrió— o futuro — a suceder— En principio el daño pasado no es tan problemático puesto que ya existe, el problema que se presenta generalmente es el de cuantificarlo. En cambio el daño futuro presenta muchas más aristas que son problemáticas.

(...)

De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Creemos que esta disposición es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener certeza absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones. Esto podría entonces acarrear injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa

³⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Oficina Jurídica, Concepto No. 80112 EE15354 del 13 de marzo de 2006.

por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado.

Adicionalmente, aunque la responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria y no sancionatoria es innegable que de todos modos, en la práctica, conlleva por lo menos una sanción social o moral para el implicado. Por ello en materias como la presente lo mejor es proceder con cautela.³⁶

Por virtud de lo anterior y en concordancia con los artículos 23 y 40 de la misma Ley 610, el daño sólo podrá configurarse cuando exista una pérdida de recursos por parte del Estado o cuando se presente un empobrecimiento del erario público³⁷ y la aseguradora deberá evaluar con sumo rigor que el daño cuya indemnización se le reclama tenga la entidad y características de certeza y materialidad estudiadas.

De ahí que la norma comentada prevea la obligatoriedad de que el funcionario de la Contraloría profiera fallo de responsabilidad fiscal solamente cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación (Art. 53 ley 610 de 2000)³⁸.

³⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Concepto 0070A de 15 de enero de 2001.

³⁷ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: “Estudio sobre el Daño Patrimonial al Estado”. Dirección Jurídica, 2001.

³⁸ Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado: “(...) es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...) En armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud. Por consiguiente, en concordancia con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, el fallo que reconozca la responsabilidad fiscal solo puede proferirse cuando en el

Como último comentario, resta decir que desde el año 2007 quedó proscrito de nuestro ordenamiento el concepto de daño entendido como *uso indebido* o *desviación* de recursos públicos. Al revisar la constitucionalidad del artículo 6° de la ley 610 de 2000, la Corte Constitucional concluyó que la expresión ‘uso indebido’ que estaba contemplada en esa disposición era inconstitucional, fundamentando su decisión en la consideración de que el uso indebido por sí solo no constituye un daño patrimonial y que corresponde a los organismos de control fiscal probar que de ese uso irregular se derivó un daño material al patrimonio público³⁹.

proceso obren las pruebas suficientes que conduzcan a la existencia del daño al patrimonio público y su cuantificación, y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente (dolo o culpa grave) y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

“(…) Para que el daño sea indemnizable, debe ser cierto, actual, real, es decir, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su existencia, y que no se trate de un daño meramente hipotético o eventual, precisamente porque no es cierto y se funda en suposiciones, y aunque puede tratarse de un daño futuro, deben existir los suficientes elementos de juicio que permitan considerar que así el daño no se ha producido, exista suficiente grado de certeza de que de todas maneras habrá de producirse.” (CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia de febrero 16 de 2012, C.P.: Marco Antonio Velilla).

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-340 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil: “(…) el daño no está representado en el uso indebido per se, sino, precisamente, en el detrimento, disminución o pérdida de los bienes o los recursos públicos.”

“(…) el uso indebido puede darse en situaciones que, ni generen un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado, ni produzcan una afectación de sus intereses patrimoniales por el aprovechamiento indebido de tales bienes o recursos. Tal sería el caso cuando se destinan recursos del Estado a fines oficiales distintos de aquel para el que estaban presupuestados, o cuando el uso indebido consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los recursos públicos. En estos casos, puede existir responsabilidad penal o disciplinaria, pero no responsabilidad fiscal, por ausencia de daño”.

“(…) en esas hipótesis la afectación de los intereses patrimoniales del Estado no se produce por el uso indebido per se, sino que sería necesario acreditar, además, el detrimento de los bienes y recursos o, eventualmente, su aprovechamiento indebido, o, en general, la afectación de los intereses patrimoniales del Estado, eventos en los cuales serían éstos -detrimento, aprovechamiento indebido o afectación- y no aquel -uso indebido- los elementos constitutivos del daño y la fuente de la responsabilidad fiscal, y el uso indebido, una modalidad de la conducta dolosa o culposa que da lugar a la responsabilidad.

Además, la Corte estableció que en el proceso de determinación de la existencia y monto del daño, también debe examinarse si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio⁴⁰, caso en el cual dicho beneficio debe ser descontado del valor del daño, so pena de un enriquecimiento sin causa del Estado.

En suma, el daño como elemento de la responsabilidad fiscal no solo debe ser cierto, actual, material, real y cuantificable sino que, además, debe consistir en una verdadera lesión patrimonial, que no se afinsa simplemente en el reproche frente a una conducta irregular o indebida del gestor fiscal – reproche que no le compete a Contraloría – sino en un análisis concreto de la situación económico-patrimonial de la entidad presuntamente afectada, antes y después del hecho investigado, que permita cuantificar debidamente el empobrecimiento del Estado o la merma en su patrimonio.

3.2. *El daño continuado y su cobertura*

Así como el proceso de responsabilidad fiscal puede girar en torno a un daño individual, también puede tener por objeto una especie de daño que hemos llamado *daño continuado* y

“Al incluir la norma demandada el concepto de uso indebido como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, paralela a otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo cual no es objeto del control de constitucionalidad- sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, como se señala en la demanda, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado esta corporación, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos (...)”.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia SU-620 de 1996, M.P. reiterada en sentencia C-820 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

que se produce como consecuencia de una cadena de irregularidades, actuaciones negligentes o dolosas del gestor fiscal, que se prolongan durante un determinado periodo de tiempo. Tal es el caso, por ejemplo, de las obras públicas o los contratos de concesión, que luego de suscritos, se van materializando e instrumentando por medio de convenios interadministrativos, autorizaciones, órdenes, aprobaciones, modificaciones, adiciones, prórrogas o cualquier otro acto administrativo, cada uno de ellos con la virtualidad o el potencial de causar un daño patrimonial al Estado, o de prolongar uno que ya ha sido causado previamente.

Es cierto que para el ente de control y para el principal implicado, la época en que tuvo lugar el hecho generador del daño pueda ser relevante para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción fiscal, que es aquel plazo máximo con que cuenta la Contraloría para dar apertura al proceso (la caducidad será objeto de estudio en la Sección 4.6. del Capítulo III). Pero para los intereses del garante, la identificación de la causa directa del daño y del momento de su ocurrencia es crucial y definitiva, pues esa determinación temporal del siniestro es la que permitirá establecer si la gestión, la conducta o el hecho causante del daño fiscal ocurrieron dentro de la vigencia de la póliza y por ende establecer si están cobijados por el amparo. Así, de presentarse un daño prolongado en el tiempo, será de absoluta relevancia para el asegurador determinar la primera causa de aquel, es decir, el hecho que desencadenó o desató la generación y la consecución del daño, pues puede ocurrir que la causa originaria del daño haya acaecido con anterioridad a la vigencia de la póliza, aunque el daño se haya prolongado o mantenido durante el periodo de cobertura e incluso después de su expiración.

Concretamente, en el evento en que la Contraloría investigue un posible daño ocasionado por un número plural de actuaciones u omisiones gravemente culposas o dolosas del gestor fiscal, se deberá analizar si se trata de actos jurídicos autónomos e independientes unos de otros, o si, por el contrario, esa pluralidad o cadena de actuaciones en la realidad forman parte de un único engranaje jurídico dirigido a la consecución de una finalidad y objeto común.

El *daño continuado* supone entonces la existencia de un vínculo entre cada uno de los actos de gestión fiscal, lo que quiere significar que, no obstante haber sido materializados en documentos distintos (actos administrativos, contratos estatales, convenios interadministrativos, adiciones, prórrogas, etc.) ellos son piezas de un mismo rompecabezas, de una ‘ligadura’ de actos, que en su conjunto constituyen la causa del daño fiscal.

En otras palabras, no por el hecho de que se presenten múltiples hechos concatenados unos y otros, se puede concluir que se está en presencia múltiples supuestos daños fiscales diferentes y autónomos, pues se trata de un único -y presunto- daño. De lo contrario, no habría explicación lógica para que la entidad controladora determinara iniciar un solo proceso de responsabilidad fiscal frente a un cúmulo de actos jurídicos administrativos proferidos en desarrollo de un mismo contrato estatal (convenios, acuerdos, contratos, otrosíes, prórrogas, adiciones, etc.), en vez de instruir un proceso de responsabilidad independiente para cada uno de ellos.

Debe advertirse que esta interpretación se soporta en la teoría de los contratos coligados, ampliamente decantada en la jurisprudencia de Casación Civil⁴¹ y que supone la existencia de una pluralidad de contratos y de relaciones jurídicas plenamente diferenciables entre sí, pero unidos funcional y teleológicamente, con miras a la obtención de un resultado o finalidad común a todos. Aclarado lo anterior, es preciso traer a colación lo preceptuado por el artículo 1073 del ordenamiento mercantil, que dispone:

Artículo 1073. Responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro,

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala De Casación Civil, Sentencia 2000-00528 de septiembre 25 de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Nos permitimos traer en cita sus apartes más reveladores:

“(…) en materia de contratos, sucede con frecuencia que en ejercicio de la llamada autonomía negocial y tras de expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros, casos en los cuales es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes”.

“(…) Captada en estos términos la cuestión, la coligación, unión, vinculación, articulación, coordinación o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas atañederas a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, con su propia individuación, disciplina y función, vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, *ab origine* (en el origen) e *in fine* (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos.”

“(…) La ligazón funcional o teleológica de los distintos negocios jurídicos es indisociable, imprescindible e inescindible, *in toto, in complexu*, in globo, y conduce a la única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente realizable con la conjunción de los varios actos dispositivos, cada uno, con su identidad, tipología, disciplina y función.”

“(…) En términos simples, pluralidad de negocios jurídicos o contratos y relación, nexo o vínculo por su función y finalidad única perseguida, constituyen presupuestos necesarios de la coligación; cada contrato, empero, es diverso de los restantes, tiene sus propios elementos esenciales, sirve a una función práctica o económica social característica y su cohesión conduce no a otro, sino a la realización de una función única, realizable únicamente por su confluencia y el nexo o vínculo entre todos (…)”.

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.

Así las cosas, cuando el proceso de responsabilidad fiscal recae sobre un conjunto de actos jurídicos coligados, vinculados, articulados y coordinados hacia un mismo fin (la correcta y cumplida ejecución del contrato estatal), la materialización del siniestro empieza con el primero de los actos jurídicos. En relación con la norma citada, la jurisprudencia ha sostenido:

De tal relevancia es el momento a partir del cual comienzan a correr los riesgos, que el siniestro que comienza antes de la vigencia de la póliza no accede al amparo de la misma, como si ocurre respecto de los siniestros que principian antes de que la póliza empiece a regir y que culminan luego de que la misma expire. Tal precisión se deduce del artículo 1073 del Código de Comercio (...)⁴².

Al hablar de *daño continuado* desde la perspectiva del patrimonio público, hablamos paralelamente de un *siniestro evolutivo* desde la perspectiva del derecho de seguros,

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta: Sentencia del 24 de enero de 2013. Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez. Rad. 250002327000200600149 01. En la misma línea, la Superintendencia Financiera conceptuó que “En efecto, el artículo 1073 del Código de Comercio señala que “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”. Lo anterior significa que, si el siniestro comenzó antes de la vigencia no se encuentra amparado, contrario sensu, si empezó antes de expirar la vigencia del contrato y culmina luego de haber dejado de operar ésta, sí está amparado.” (SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA: Concepto N° 96037644-2 de noviembre 21 de 1996).

modalidad de siniestro que no se materializa en un único instante sino en un periodo de tiempo, pero que sí tiene una causa originaria clara y determinable; un hecho dañoso desencadenador, un detonante del daño fiscal que marca la iniciación del siniestro, evento éste que determinará la exigibilidad o no del amparo: si el siniestro tuvo lugar dentro del periodo de cobertura, procederá la reclamación de la Contraloría y la indemnización correrá por cuenta del garante, en los términos del contrato de seguro; en el caso contrario, si el siniestro principió antes de la vigencia del contrato de seguros y sin importar que el daño fiscal – iniciado con anterioridad a la vigencia de la póliza – continúe materializándose dentro del lapso de cobertura, necesariamente debe concluirse que el garante no está obligado al pago de la indemnización⁴³.

Desde ese punto de vista, no resulta procedente formular una reclamación al garante con fundamento en hechos cuya materialización haya sido anterior a la vigencia del contrato de

⁴³ Sobre el alcance del artículo 1073, el profesor J. Efrén OSSA enseña:

“Supuesta la individualización causal, objetiva y local del riesgo, la temporal significa que el riesgo sólo obliga al asegurador en cuanto su realización (siniestro) sobrevenga durante un periodo de tiempo determinado o determinable. De ahí que la póliza deba expresar “la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras” (Art. 1047, Ord. 6). (...) los seguros tienen un momento de iniciación y un momento de expiración. Entre uno y otro, se halla comprendida su vigencia técnica. Antes del primero, ni después del segundo, el contrato puede dar origen a la prestación asegurada en caso de siniestro. La aplicación de esta norma no arroja motivo alguno de duda en los eventos instantáneos. Respecto de los evolutivos, como el incendio, el hurto, el naufragio, que responden a un proceso más o menos acelerado y en los cuales es fácil, por lo mismo, identificar su momento inicial y su momento final, la ley ofrece una solución cuya lógica es inobjetable. Dice, en efecto, el Art. 1073 del C. Co.: “Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, este no será responsable por el siniestro”.

“Importa, por tanto, para deducir la procedencia de esta disposición identificar el instante en que el siniestro deja de ser meramente potencial (riesgo) para volverse actual (daño). Si sobreviene antes de iniciarse la vigencia técnica del seguro, el asegurado no contrae derecho alguno a la prestación asegurada (...).” (OSSA, J. Efrén: Ob. Cit. Pág. 114 y 115).

seguros, acto jurídico a partir del cual nace para la aseguradora la obligación condicional de indemnizar.

4. El nexo causal

Es la relación de causalidad entre la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal y el daño sufrido por el Estado. Al constituir el tercer elemento de la responsabilidad fiscal de acuerdo con artículo 5 de la Ley 610 del 2000, no puede proferirse fallo con responsabilidad fiscal sin que exista nexo causal entre la conducta reprochable del agente y el daño patrimonial. En otras palabras, la exigencia de un nexo causal se traduce en la necesidad de que el hecho o la conducta del gestor fiscal sea la causa directa del detrimento en el patrimonio público.

Además de su consagración legal como condición para la declaratoria de responsabilidad fiscal, la jurisprudencia ha fijado una serie de requisitos/condiciones para su correcta determinación: la causa del daño fiscal ha de ser *próxima, determinante y adecuada*:

a) La proximidad: en el sentido de que la causa del daño sea próxima o actual, en consecuencia no se tiene en cuenta los actos remotos; solamente se tiene en cuenta las causas determinantes en la producción del daño; ello precisamente para no diluir la responsabilidad del autor inmediato del hecho e igualmente para no responsabilizar en forma indefinida a personas cuya causa no es actual ni determinante.

b) Debe ser determinante: con esta exigencia la doctrina quiere indicar que el hecho sea necesario, vale decir que se pueda establecer que sin el hecho el daño no le hubiera ocurrido.

En general, la doctrina considera determinante un hecho, o una omisión en la causación del daño, cuando aquel ha contribuido en un mayor grado a la producción de éste, es decir, cuando ha sido la condición más activa.

c) Debe ser apta o adecuada: en el sentido de que esa conducta en términos normales conlleve siempre a la ocurrencia del respectivo daño perjuicio; se le conoce como "*la causalidad adecuada*".⁴⁴

Por último, los artículos 16 y 47 de la misma ley, respectivamente, consagran la posibilidad de decretar la cesación de la acción fiscal o proferir auto de archivo del proceso, cuando se acredite que ha operado una causal excluyente de responsabilidad, que en la teoría clásica de la responsabilidad se reconocen como el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho exclusivo de un tercero⁴⁵.

Ahora, el *hecho de un tercero* como causal eximente de responsabilidad fiscal, merece el siguiente comentario, a la luz del contrato de seguro y de la responsabilidad civil del garante. Recuérdese que en el seguro de manejo para entidades oficiales se encuentran específicamente determinados los cargos y los funcionarios de cuya gestión fiscal lesiva se

⁴⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA: Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de octubre de 2004. Expediente 2001-0711. M.P. Juan Carlos Garzón Martínez.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 19067.

ampara la entidad pública, lo que significa que en el seguro de manejo, el garante se encuentra obligado a responder única y exclusivamente por los daños al patrimonio de la entidad que sean consecuencia del dolo o la culpa grave de los cargos y funcionarios incluidos en el amparo y, en el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, única y exclusivamente por los daños causados por los servidores asegurados.

Por lo tanto, si el daño fiscal sufrido por la entidad asegurada es causado por el hecho exclusivo de un tercero cuyas conductas no se encuentren amparadas por el seguro, la consecuencia será la ausencia de cobertura y, por ende, la compañía de seguros no estará obligada a indemnizar el daño causado por ese tercero.

CAPÍTULO III

LA COMPAÑÍA DE SEGUROS COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE DENTRO

DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. El garante o tercero civilmente responsable

Como se analizó en el Capítulo I, los conceptos de responsabilidad fiscal y de responsabilidad civil difieren inmensamente. En el proceso que aquí se analiza, quien es llamado a responder *fiscalmente* es el gestor fiscal, es decir, el servidor público o el particular a quien se le endilga la causación de un daño al patrimonio del Estado. La compañía de seguros, en cambio, es llamada a responder *civilmente* en calidad de garante y con fundamento en un contrato de seguros, por virtud del cual adquiere la obligación condicional de indemnizar el daño sufrido por el Estado, en los términos de la relación aseguraticia.

2. Importancia del momento de su vinculación al proceso

Idealmente, la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal debería producirse en el momento más próximo a su iniciación, es decir, por medio del auto de apertura del proceso. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que la notificación al garante se haga con posterioridad a la apertura de la actuación e incluso, a través del auto de formulación de imputación.

Como se sabe, previo a abrir formalmente el proceso se surte una indagación preliminar, cuyo objeto consiste en verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él⁴⁶ con el fin de reunir elementos de juicio que permitan establecer la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo⁴⁷.

La indagación preliminar implica, de suyo, el recaudo de pruebas que contribuyan a satisfacer el objeto mencionado, las cuales pasan a formar parte del acervo probatorio del proceso de responsabilidad fiscal, en caso de decretarse su apertura. Además, al momento de proferir el auto de apertura y con posterioridad a él, el ente fiscalizador puede decretar, practicar y recaudar más pruebas y el principal implicado puede a su vez solicitar y aportar las que pretenda hacer valer en el proceso.

Desde ese punto de vista, la vinculación del garante en instancias posteriores al auto de apertura como lo es la etapa de imputación de responsabilidad fiscal, admite importantes críticas y comentarios.

En primer lugar, para la época en que se dicta el auto de imputación, el proceso se encuentra bastante avanzado y el material probatorio que se ha recaudado suele ser abundante. Debe agregarse que una vez surtida la notificación de la formulación de imputación, en el proceso ordinario la compañía de seguros dispone de un término

⁴⁶ Ley 610 de 2000, Artículo 39.

⁴⁷ *Ibidem*. Artículo 40.

perentorio de diez (10) días para presentar sus descargos, ejercer su derecho de defensa y solicitar y aportar las pruebas que pretende hacer valer⁴⁸; en el proceso verbal, el término estará dado por la fecha que fije el Despacho para llevar a cabo la audiencia de descargos.⁴⁹

En ambos casos, lo cierto es que el garante recién vinculado a la actuación debe emprender en muy corto tiempo la revisión integral del proceso, obtener copia de todo lo actuado, estudiar y formarse un conocimiento del caso y estructurar su defensa, labores todas que los demás sujetos procesales ya han tenido la oportunidad de emprender, disponiendo de un término mucho mayor para el efecto. Esta situación desdibuja por completo el principio de igualdad procesal cuyo fin último es la preservación del equilibrio procesal y la identidad de oportunidades de los sujetos procesales para ejercer sus derechos⁵⁰.

En segundo lugar, la tardanza en la vinculación del garante le impide participar en la producción de algunas de las pruebas. En ejemplos concretos, el garante no tiene la oportunidad de escuchar en versión libre al principal implicado, o de intervenir en la recepción de testimonios y conainterrogar a los deponentes, o de hacerse presente en una inspección judicial, o de conocer oportunamente el contenido y las conclusiones de un informe técnico⁵¹.

Con ello no se pretende argüir un menoscabo a las garantías y derechos constitucionales fundamentales, ni mucho menos. Por el contrario, debe reconocerse que, pese a la tardía

⁴⁸ Ley 610 de 2000, Artículo 50.

⁴⁹ Ley 1474 de 2011. Artículo 98.

⁵⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Procedimiento Civil”, Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2009. Pág. 102.

⁵¹ A propósito de los principios de las pruebas, se puede consultar PARRA QUIJANO, Jairo: “Manual de Derecho Probatorio”, Librería del Profesional, Bogotá, 2002. Págs. 6 a 115.

vinculación del asegurador, la Contraloría vela por que le sean garantizados todos sus derechos y en especial, el derecho a contradecir y controvertir las pruebas que se hayan practicado con anterioridad a su llamamiento, proceder que se ajusta a los derroteros señalados en la jurisprudencia constitucional⁵².

En efecto, el organismo de control fiscal recientemente ha proferido decisiones ratificando lo anterior: mediante auto dictado en audiencia del 5 de diciembre de 2013, la Contraloría Delegada Intersectorial No. 7 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción accedió a una solicitud que había sido formulada por el garante, en el sentido de que se le permitiera interrogar a cuatro testigos que ya habían rendido declaración con anterioridad a la vinculación del asegurador. En aras de salvaguardar el debido proceso y de proteger el derecho de defensa y contradicción de la compañía de seguros, el Despacho ordenó citar nuevamente a los testigos y le permitió a la compañía interrogarlos.

En otra oportunidad, mediante Auto del 26 de febrero de 2014, la Contraloría Delegada Intersectorial No. 11 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción ordenó correr traslado al garante de un informe técnico que había sido realizado y del cual se había corrido traslado a las partes mucho antes de que la aseguradora fuera vinculada al proceso.

⁵² En sentencia T-504 de 1998, la Corte Constitucional señaló que “La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho” (CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-504 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra).

En tercer lugar, debe ponerse de presente que si bien la decisión de ordenar nuevamente la práctica de las pruebas (citar nuevamente a los testigos, ordenar el traslado del informe técnico, ordenar que se realice nuevamente la inspección judicial, etc.) para garantizar el derecho de defensa y contradicción del garante, persigue un fin loable justificado en la salvaguarda de caras garantías constitucionales, opaca, a su vez, el principio de economía procesal que propende por la eficiencia de la administración de justicia, procurando “*que las actuaciones judiciales se tramiten de la forma más rápida y económica posible*”.⁵³

Resta agregar que los autos de apertura que no vinculan al garante suelen contener un aparte del siguiente tenor: “*GARANTE: Por determinar.*” Ello sugiere que la vinculación postrera del asegurador muchas veces obedece a que la entidad estatal afectada tarda en remitirle al ente de control las pólizas respectivas, lo que implica que la Contraloría deba abstenerse de decretar cualquier citación de terceros en calidad de terceros civilmente responsables, hasta tanto no tener en su poder las pólizas que justifiquen tal decisión.

3. La modalidad de cobertura de las pólizas y la configuración del siniestro

La modalidad de cobertura que se haya pactado en la póliza incide en la forma como se consideran y amparan los siniestros y determina el ámbito temporal dentro del cual el riesgo es asumido por la compañía de seguros. Si se ha dicho que en la responsabilidad fiscal el siniestro lo constituye el daño al patrimonio público – tal y como fue definido – importa entonces conocer cuáles son las modalidades de cobertura de las pólizas que

⁵³ LÓPEZ BLANCO. Ob. Cit. Pág. 103.

pueden afectarse con ocasión del proceso y qué efectos tienen cada una de ellas en lo que refiere a la responsabilidad del garante.

3.1. Modalidad “por ocurrencia”

Por regla general, para que nazca la prestación a cargo de una aseguradora es imprescindible que el siniestro ocurra dentro de la vigencia de la póliza que lo ampara. De lo contrario no queda cubierto por ella, pues ese es el lapso en el cual el contrato de seguro surte sus efectos y, por ende, el período en el cual los riesgos corren por cuenta del asegurador.

Tal fenómeno se conoce como la determinación temporal del riesgo asegurable, que el maestro J. Efrén OSSA acierta en describir de la siguiente manera:

Supuesta la individualización causal, objetiva y local del riesgo, la temporal significa que el riesgo sólo obliga al asegurador en cuanto su realización (el siniestro) sobrevenga durante un periodo de tiempo determinado o determinable. De ahí que la póliza deba expresar “la vigencia del contrato con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar unas y otras” (art. 1047, Ord. 6°). (...), los seguros tienen un momento de iniciación y un momento de expiración. Entre uno y otro se halla comprendida su vigencia técnica. Antes del primero, ni después del segundo, el contrato puede dar origen a la

*prestación asegurada en caso de siniestro. La aplicación de esta norma no arroja motivo alguno de duda (...)*⁵⁴.

Así lo ha concebido también el Consejo de Estado, al explicar que la vigencia de la póliza determina la vigencia misma del contrato de seguro y, al mismo tiempo, establece el marco temporal del amparo otorgado por el asegurador⁵⁵.

Es por ello que el artículo 1057 del Código de Comercio establece que “[e]n defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato” y, en concordancia con esta disposición, el artículo 1072 del mismo estatuto mercantil determina que “[s]e denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado”.

De acuerdo con lo dicho, la regla general es que los amparos se otorguen bajo la modalidad “por ocurrencia”. Ello aplica tanto para el seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, como para el seguro de manejo para entidades oficiales y, en ambos casos, el siniestro estará dado por el daño fiscal.

En ese orden de ideas, si la póliza afectada en el proceso es “por ocurrencia”, la aseguradora estará llamada a responder si el daño fiscal ha ocurrido durante el periodo de vigencia del seguro; ello, claro está, bajo el supuesto de que se encuentran acreditados los

⁵⁴ OSSA, J. Efrén: “Teoría General del Seguro. El contrato”. Pág. 114. Editorial Temis. Bogotá, 1991.

⁵⁵ “La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente” (CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia del 11 de julio de 2002, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola, Radicado 1100103240001999037601).

demás elementos de la responsabilidad fiscal. Pero si el siniestro ocurre antes de la entrada en vigencia de la póliza o después de su expiración, el garante no estará obligado a correr con la indemnización.

3.2. Modalidad “*claimsmade*”

A partir de la expedición de la Ley 389 de 1997, las pólizas de responsabilidad civil y de manejo pueden consagrar sistemas de cobertura distintos al primigeniamente contemplado en el artículo 1131 del Código de Comercio⁵⁶, comúnmente denominado sistema o modalidad “por ocurrencia”, explicado en el acápite anterior.

Una de esas nuevas formas de cobertura es la modalidad “por reclamación” o “*claimsmade*”, sistema bajo el cual lo que se ampara no es la ocurrencia del hecho que da lugar a la responsabilidad del asegurado dentro del lapso de vigencia de la póliza sino, por el contrario, la reclamación que sobre el mismo efectúe el perjudicado (víctima o beneficiario del contrato de seguro) durante dicho periodo, aun cuando, en puridad, el hecho generador de la responsabilidad del asegurado haya acaecido, incluso, con anterioridad a la iniciación del término de vigencia de la garantía aseguradora (periodo de retroactividad de la póliza).

En otras palabras, lo que es objeto de amparo es la reclamación que haga el perjudicado al asegurado o a la compañía dentro del periodo de vigencia de la póliza y no la ocurrencia o

⁵⁶Artículo 1131: En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial”.

el acaecimiento del daño o la pérdida patrimonial dentro de dicho lapso.

La modalidad de cobertura “por reclamación” o *claimsmade* se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación (...).

La doctrina más autorizada⁵⁷ ha destacado lo novedoso de esta modalidad de cobertura en el derecho de seguros patrio y se ha encargado de desarrollarla en detalle. Siguiendo al profesor BOTERO MORALES:

⁵⁷ La Superintendencia Financiera de Colombia, según la intervención que aparece transcrita en la Sentencia C-388 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) también conceptuó acerca del sistema de cobertura “*claimsmade*”:

“(…) en un esquema de responsabilidad en el que el asegurador cubre los hechos dañosos ocurridos durante la vigencia del seguro, se presentan casos en los cuales no siempre la comisión del hecho origina una reclamación inmediata, siendo frecuente que entre el hecho generador del daño y la reclamación resarcitoria pasen varios años, resultando difícil establecer la anualidad del seguro a la cual ha de imputarse dicha reclamación, lo cual obligaba al asegurador a mantener reservas técnicas por períodos prolongados.

Ante tal situación, el legislador introdujo en nuestro ordenamiento a través de la Ley 389 de 1997 la posibilidad de que las partes en el contrato de seguro de responsabilidad civil introduzcan estipulaciones que limiten en el tiempo la cobertura de una manera concreta - las denominadas cláusulas “*claimsmade*” - con el fin de optimizar la regulación del mercado asegurador, permitir su sostenibilidad, así como la reducción del costo de las primas en función de la reducción del tiempo de las reservas técnicas, tal como se señaló en su momento en la correspondiente exposición de motivos (...)

A su turno, DÍAZ-GRANADOS enseña que “Este tipo de cobertura refleja la estructura internacional del sistema *claimsmade*, en la cual la póliza cubre solamente las reclamaciones que se formulen al asegurado o al

*(...) la norma transcrita hizo posible en Colombia para el seguro de responsabilidad que, en lugar de que la cobertura operase, como es la regla general, respecto de hechos ocurridos durante la vigencia del seguro, así la reclamación al asegurado o a la aseguradora fuese presentada con posterioridad a la expiración del período de cobertura, la misma pudiese operar respecto de reclamaciones presentadas por el damnificado bien al asegurado o bien a la aseguradora, durante la vigencia del seguro, así los hecho que dieren lugar a la misma, hubiesen ocurrido con anterioridad al inicio del período de cobertura*⁵⁸.

De lo anterior se extraen como características principales de la modalidad “por reclamación” las siguientes:

- El siniestro es la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima al asegurado o al asegurador.
- La reclamación tiene que presentarse durante la vigencia de la póliza o dentro del término que hayan pactado las partes.
- Los hechos sobre los cuales se basa la reclamación deben ser desconocidos por la víctima (se entiende que son una manifestación tardía del daño).

asegurador durante su vigencia. La norma señala específicamente la reclamación tanto al asegurado como al asegurador, dado que desde la Ley 45 de 1990 la víctima tiene acción directa en contra del asegurador.

“(…) Ahora bien, en esta modalidad se permite cubrir hechos pasados que, sean desconocidos por el asegurado. El alcance con relación a los hechos pasados dependerá del acuerdo entre las partes; esto es lo que se denomina período de retroactividad (...)”. (DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel: “El Seguro de Responsabilidad”. Editorial Universidad del Rosario. BOGOTÁ, 2006. Págs. 225 y 229).

⁵⁸ BOTERO MORALES, Bernardo: “La Teoría y la práctica del Seguro por Reclamación o Seguro Claims-made”. En www.fasecolda.com.

– Tales hechos pueden ocurrir durante la vigencia del seguro o dentro del período de retroactividad que las partes acuerden.

En suma, bajo la modalidad *claimsmade*, el siniestro está constituido por la reclamación que hace el afectado al asegurado o a la aseguradora dentro de la vigencia del contrato de seguros o dentro del lapso estipulado por las partes y no por la ocurrencia del hecho que da lugar a la responsabilidad del asegurado dentro de aquél intervalo⁵⁹. Por lo tanto, de no darse la notificación de la reclamación dentro de la vigencia de la póliza respectiva, no nace

⁵⁹En lo que se refiere a este asunto, el profesor JARAMILLO explica:

“Dicho de otro modo, en Colombia a partir del año 1997, sin estar inicialmente previsto en la bitácora legislativa del Congreso de la República, limitado a la reforma de los artículos 1036 y 1046 de la codificación mercantil, se habilitó un nuevo sistema de aseguramiento en la órbita del seguro de responsabilidad civil, con arreglo a “[...] las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia” del seguro, y no con fundamento en la ocurrencia del siniestro (episodio siniestral), a términos del artículo 1131 del Código de Comercio, reformado por la ley 45 de 1990, artículo 86, “[...] en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, un sistema autónomo y, por tanto, titular de reglas y características cualificadas.

“(...) De igual modo, es menester desentrañar si a raíz de la entronización de este sistema, modalidad o esquema de aseguramiento, el concepto de siniestro cambió, se amplió o matizó, concretamente en lo que al hecho constitutivo se refiere, como asevera un sector de la doctrina —al que adherimos—, lo que en la esfera patria, necesariamente, supondría una alteración del alcance y significado del artículo 1131 del Código de Comercio, anterior a la reforma del año 1997 (ley 389), que ya había sido modificado en 1990, en virtud de la ley 45.

“Expresado en otras palabras, importa auscultar si en virtud de la reforma colombiana del año 1997 (ley 389), en asocio de otras reformas internacionales en la misma materia, puede entenderse que hay dos momentos siniestros diversos, como lo creemos nosotros, *stricto sensu*, pues por más que se hagan denodados esfuerzos dialécticos, en todo caso respetables y bien intencionados, hay que reconocerlo, el hecho externo imputable al asegurado, de por sí, será impotente para desencadenar la responsabilidad del asegurador, exigiéndose un *plus*: la reclamación, que no pasa entonces inadvertida, o sin pena ni gloria en el episodio siniestral, que es uno, para el caso de los seguros de responsabilidad civil contratados con arreglo al sistema ordinario o convencional de ocurrencia (*occurrencebasis*), y otro, según el caso, tratándose del sistema alterno extraordinario, cimentado en la reclamación (*claimsmade*), como lo sugiere autorizada opinión nacional y foránea, examinada en su genuino sentido. No en vano, cuando se estructuró el contenido primigenio y después el ulterior del artículo 1131 del Código de Comercio, no se estaba pensando en esta nueva arquitectura (*claimsmade*), hija de la ley 389 de 1997, en Colombia, por manera que no es aconsejable procurar “estirar” las normas a supuestos no contemplados, ni remotamente. De ahí que lo menos invasivo sea abogar por la pervivencia de dos episodios siniestros: uno para el sistema tradicional, ordinario o convencional, y otro para el extraordinario y más moderno, ambos edificados en sendas propias, con materiales diferentes, en lo que resulta más específico e individualizador” (JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Delimitación Temporal de la Cobertura en el Seguro de la Responsabilidad Civil”. Bogotá, Junio de 2001. En Academia Colombiana de Jurisprudencia).

la obligación indemnizatoria a cargo de la compañía de seguros. Así mismo, cuando las partes han pactado expresamente la modalidad “por reclamación”, quiere decir que voluntariamente han descartado el amparo general “por ocurrencia” y por lo tanto no le es dable a la Contraloría pretender el pago de una indemnización formulando una reclamación por fuera de la vigencia de la póliza y aduciendo que el hecho generador del daño fiscal ocurrió durante la vigencia de la misma; no puede caerse en el error flagrante e imperdonable de confundir contratos de seguros regidos por la modalidad de *ocurrencia* con contratos de seguros regidos por la modalidad *claimsmade*.

En la medida en que el siniestro es la reclamación que formula el afectado y no la ocurrencia del daño, en el estudio de las pólizas *claimsmade* resulta crucial determinar cuándo se entiende hecha la reclamación en los procesos de responsabilidad fiscal: ¿con el auto de apertura de la indagación preliminar? ¿Con el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal? ¿Con el auto que ordena la vinculación del garante? ¿Con el auto de imputación de responsabilidad fiscal? ¿Con el fallo de responsabilidad?

En primer lugar, es pertinente recordar la diferencia entre el aviso de la ocurrencia del siniestro y la reclamación. El primero, es la noticia que se le da al asegurador de la ocurrencia del riesgo asegurado (Código de Comercio, artículo 1075), mientras que la segunda consiste en la demostración del siniestro y de la cuantía del daño (Ibídem, artículo 1077).

Ahora, no existe norma expresa que dé respuesta a los anteriores interrogantes, sin embargo en lo que respecta a la noticia del siniestro, compartimos la opinión del profesor NÚÑEZ

VILLALBA⁶⁰, para quien el aviso de siniestro lo constituye la notificación del auto de apertura del proceso a la compañía de seguros. En su oportunidad, dijo el reconocido jurista:

No nos cabe duda que una vez la Aseguradora es notificada del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, constituye el aviso del siniestro de que trata el artículo 1075 del C. Co. a partir de este momento la Aseguradora debe constituir una reserva de acuerdo a la calificación y valoración de la contingencia efectuada teniendo en cuenta el concepto del abogado que atiende el proceso, los hechos, cuantía del presunto detrimento patrimonial, valores asegurados y riesgos cubiertos en la póliza. Dicha reserva deberá ajustarse de acuerdo con el desarrollo del proceso y en especial teniendo en cuenta si se profiere fallo con responsabilidad fiscal y no se desvincula a la Aseguradora; en esta etapa o sea en la del Fallo con imputación de responsabilidad fiscal, ya se tienen los elementos suficientes para determinar la cuantía del detrimento patrimonial y lo que debería pagar la Aseguradora en el caso de que se emita Auto de imputación de responsabilidad fiscal.

En lo que refiere a la reclamación, consideramos que la misma se entiende formulada con el fallo de responsabilidad fiscal, en el cual quedan demostradas por parte de la Contraloría la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, como lo exige el inciso primero del

⁶⁰ NÚÑEZ VILLALBA, César Augusto: Ponencia “Los principios rectores del contrato de seguro y su aplicación en los procesos de responsabilidad fiscal. La ocurrencia del siniestro y la problemática actual, desde el punto de vista técnico y procesal. Incidencia en los contratos de reaseguros.” Publicado en: ACOLOSE. Pág. 8. Consultado en: http://www.acoldeseida.org/descargas/ponencia_cesar_nunez.pdf

artículo 1077 del Código de Comercio⁶¹. En efecto, es con el fallo de responsabilidad fiscal que el ente fiscalizador acredita su derecho ante el asegurador, a tal punto que puede hacerlo efectivo a través del proceso de cobro coactivo consagrado en el artículo 58 de la Ley 610 de 2000⁶², una vez en firme la decisión.

De acuerdo con lo anterior, para que las pólizas otorgadas bajo la modalidad “por reclamación” sean reconocidas y el resarcimiento del daño fiscal corra por cuenta del garante, es imperativo que el fallo que declara la responsabilidad y hace efectiva la póliza le sea notificado a la compañía de seguros dentro de la vigencia del seguro o dentro del término que las partes hayan acordado, pero además, que el daño cuyo resarcimiento se reclama haya ocurrido dentro del periodo de retroactividad o durante la vigencia de la póliza, según lo que se haya estipulado en ella.

4. El coaseguro, el consorcio y la unión temporal de compañías de seguros y su incidencia en el proceso fiscal

4.1. Teoría y efectos del coaseguro en el proceso de responsabilidad fiscal

⁶¹ Código de Comercio. Artículo 1077. “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso (...)”.

⁶² Ley 610 de 2000. Artículo 58. “Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.”

De manera muy sumaria, el coaseguro se encuentra regulado en los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio⁶³, con apoyo en las cuales puede afirmarse que se trata de un mecanismo de distribución horizontal de riesgos en el que la responsabilidad que le asiste a las entidades coaseguradoras participantes es de naturaleza conjunta y de ninguna manera solidaria; lo que quiere significar que cada aseguradora sólo está obligada al pago del porcentaje que haya decidido asumir del riesgo asegurado y por el que efectivamente haya recibido la prima pagada por el tomador.

Siguiendo al profesor NARVÁEZ BONNET, *“(l)as responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no aumenta por ese hecho las responsabilidades de los demás participantes”*⁶⁴; siendo similar el entendimiento de la figura por parte de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo⁶⁵.

⁶³ Código de Comercio. Artículo 1092. “En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos (...)”.

Artículo 1095. “Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”.

⁶⁴ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo: “El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011. Pág. 216.

⁶⁵ En efecto, al resolver sobre la procedencia de llamar en garantía a un coasegurador, el Consejo de Estado determinó: “El contrato de coaseguro, está regulado en el artículo 1095 del código de comercio cuya disposición ordena aplicar al mismo, idénticas normas que para la coexistencia de seguros, de tal manera que, de conformidad con el artículo 1092 del estatuto mencionado, “en el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe”.

La doctrina más autorizada en derecho de seguros coincide con el precedente judicial referenciado. Es el ejemplo del profesor J. Efrén OSSA, quien advierte que los coaseguradores solo responden ante el asegurado hasta por la cuota que cada uno asume en el seguro conforme a la distribución preestablecida en el respectivo contrato⁶⁶; posición que a su vez que se ve complementada con la Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria) cuando confirma que la responsabilidad que cada coasegurador

“Se concluye entonces, que si es procedente llamar en garantía a la Aseguradora Colseguros, puesto que en la póliza de responsabilidad civil No. 1000134 se estipula la participación de la Compañía mencionada en un porcentaje del 40% mientras que la Previsora SA se obligó por el 60% restante.” (CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2007, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad.: 27338).

En otra oportunidad, esa misma Corporación se abstuvo de proferir condena en contra de un coasegurador que no había sido vinculado al proceso y resolvió condenar al otro coasegurador solo en proporción a su participación en el coaseguro y no por el total de la indemnización reclamada por el demandante:

“Finalmente, se observa que la aludida póliza fue expedida en la modalidad de coaseguro, tanto por seguros Atlas S.A., como por la compañía de seguros La Fenix (...)”.

“En virtud de lo anterior, la Sala ordenará pagar a la compañía de seguros Atlas S.A., y a favor de la CHEC, la proporción correspondiente a las sumas que la última tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, pero únicamente hasta el límite y porcentaje del valor asegurado, esto es la suma equivalente al 60% de la condena; respecto del otro 40%, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno en esta providencia, toda vez que la compañía de seguros La Fénix, no fue llamada en garantía por la CHEC y, por ende, no fue vinculada al proceso, lo cual impide pronunciarse y menos aún imponer condena alguna en su contra”. (CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 19067).

⁶⁶ “Los coaseguradores, es verdad, solo responden ante el asegurado hasta por la cuota que cada uno asume en el seguro conforme a la distribución preestablecida en el respectivo contrato.

“(…) La verdad jurídica es que cada asegurador solo está obligado en función de su cuota y con arreglo al límite aceptado directa o indirectamente, tácita o expresamente.

“(…) Muy poco cabe agregar a lo ya expuesto en este capítulo. Solo que si cada asegurador debe responder por su cuota, como lo pregonan el art. 1092 del Código de Comercio, tal es también frente a él el derecho del asegurado. Y que la obligación de los coaseguradores no es, ni puede ser solidaria.” (OSSA, J. Efrén: Ob. Cit. Págs. 172 y 173).

asume frente al riesgo es individual, sin que se configuren entre ellos relaciones recíprocas de aseguramiento⁶⁷.

Todo lo anterior implica que, aun cuando una aseguradora funja como líder en el coaseguro y en virtud de esa calidad sea ella quien expida las pólizas, administre y maneje el seguro, cobre, recaude y distribuya las primas, ejecute el contrato, atienda las inquietudes, solicitudes y reclamos del tomador o beneficiario, ello no significa que sea la única obligada, en caso de materialización efectiva del riesgo, a indemnizar la totalidad del daño fiscal, habida cuenta que cada coasegurador asume un porcentaje del riesgo asegurado y en razón de esa proporción recibe la prima que le corresponde⁶⁸.

En la práctica, la Contraloría ha reconocido los efectos de las cláusulas de coaseguro y ha ordenado vincular al proceso a las demás compañías integrantes del coaseguro de acuerdo con la proporción señalada en la respectiva póliza previa advertencia en el sentido de que si bien no existe responsabilidad solidaria entre coaseguradores, ello no implica que quien pretenda hacer efectiva la póliza deba acudir a todos los coaseguradores en caso de materializarse el siniestro. Por el contrario y como expresión del papel que juega la

⁶⁷ “En este orden de ideas puede afirmarse que quienes participan en un coaseguro es un conjunto de compañías de seguros, entre las cuales no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, pues tales aseguradoras asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de estas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo. Es de agregar que la partición de las primas debe guardar proporción con la cuota asignada a cada entidad aseguradora y en igual proporción la indemnización correspondiente en el evento de ocurrir un siniestro” (SUPERINTENDENCIA BANCARIA: Concepto 2001036918-2 del 26 de septiembre de 2001).

⁶⁸ El ya citado J. Efrén OSSA describió las relaciones internas que genera el coaseguro como aquellas “(...) que median entre los coaseguradores y que suelen regularse, al margen del seguro mismo, mediante acuerdos generales o específicos, de coaseguro: la remisión a cada asegurador de los duplicados de la póliza, o de sus anexos, la distribución de la prima recaudada conforme a su cuota en el seguro, la cobranza de la que le corresponda en las indemnizaciones una vez liquidadas o pagadas, el honorario de administración y, sobre todo, las facultades del administrador (líder) de la póliza” (OSSA, J. Efrén: Ob. Cit. Pág. 172).

compañía líder en el coaseguro, la Contraloría ha destacado que es su deber atender la reclamación y notificar a las demás coaseguradoras. Con todo, la entidad fiscalizadora ha ordenado, *motu proprio*, la vinculación de los coaseguradores en aras de garantizarles sus derechos y garantías.⁶⁹

4.2. La expedición de pólizas por consorcios o uniones temporales de aseguradoras, incorporando una cláusula de coaseguro

Como se mencionó someramente en líneas anteriores, la Ley 45 de 1990, en sus artículos 62 y 63, ordena a las entidades contratar mediante licitación pública todos los seguros que se requieran para la protección de sus bienes e intereses patrimoniales⁷⁰.

⁶⁹ Al ordenar la vinculación de unos coaseguradores al proceso de responsabilidad fiscal, la Contraloría señaló: “(...) es el asegurador líder quien se encarga de atender la reclamación, cosa diferente es que deba pagar la totalidad en caso de siniestro, pues este responde por el porcentaje que asumió del mismo y a los demás coaseguradores en proporción a los que se obligaron”.

(...) sin embargo y en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de las demás coaseguradoras y entendiendo que la responsabilidad no es solidaria, se considera procedente vincular en condición de coaseguradoras (...)” (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada Intersectorial No. 7 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, Auto No. 1954 del 25 de noviembre de 2013).

⁷⁰ Ley 45 de 1990. “Artículo 62. Aseguramiento de los bienes oficiales. El artículo 244., del Decreto-ley 222 de 1983, quedará así: “Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, o de los cuales sean legalmente responsables, se contratarán con cualquiera de las compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país”. “Los representantes legales, las juntas y consejos directivos de las entidades oficiales serán responsables de que la contratación se efectúe con entidades aseguradoras que ofrezcan adecuadas condiciones en materia de solvencia, coberturas y precios”.

“Artículo 63. Licitación pública para el aseguramiento de bienes oficiales. El artículo 245, del Decreto- ley 222 de 1983 quedará así: “La contratación de los seguros a que se refiere el artículo anterior se hará mediante licitación pública en los casos que establece el título V de este estatuto, conforme a las reglas generales sobre la materia. “Las entidades aseguradoras en las cuales participe el capital estatal, en un porcentaje igual o superior al cincuenta por ciento (50%), celebrarán los contratos de seguros en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras y deberán asumir, con carácter subsidiario, en la forma que lo establezca el Gobierno Nacional, aquellos riesgos que presenten características especiales”.

Ello posibilita, a su vez, que las compañías de seguros aspirantes a licitar, conformen uniones temporales o consorcios y concurran a la licitación bajo esa forma asociativa, plenamente avalada por la ley⁷¹. Al resultar adjudicatario el consorcio o la unión temporal de aseguradoras, éstas pueden a su vez expedir las pólizas que habrán de amparar los bienes y el patrimonio de la entidad contratante bajo la modalidad de coaseguro, es decir que las aseguradoras consorciadas o unidas son, al mismo tiempo, coaseguradoras de la entidad estatal.

Se tiene también que el objeto del contrato consiste en la expedición de pólizas y el aseguramiento de los bienes e intereses patrimoniales de la entidad estatal contratante y que la Ley 80 de 1993 es expresa al señalar que tanto los miembros del consorcio responden solidariamente por el cumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas del contrato y que los miembros de la unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento del objeto contratado⁷².

Así las cosas, se tiene, de un lado, la cláusula de coaseguro, cuya nota característica es la mancomunidad entre las coaseguradoras, cada una en proporción a su porcentaje de

⁷¹ Ley 80 de 1993, Artículos 6 y 7.

⁷² Ibídem, Artículo 7. Su texto es el siguiente: “Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”

participación en el coaseguro, todo lo cual se encuentra expresamente consagrado en el Código de Comercio y suficientemente respaldado en la jurisprudencia, la doctrina de seguros y los pronunciamientos del propio organismo de control fiscal.

Sin embargo, de otro lado, se advierte que la Ley 80 de 1993 contempla una disposición por virtud de la cual los integrantes del consorcio o de la unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones y el objeto del contrato.

Se pregunta entonces, ¿cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las aseguradoras que integran una unión temporal o un consorcio y que a su vez expiden pólizas bajo la forma de coaseguro? ¿Debe seguirse la mancomunidad consagrada en el artículo 1092 del Código de Comercio o, por el contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 80 de 1993 que consagra la solidaridad de los consorciados o de los miembros de uniones temporales?

Aunque a la fecha no existen pronunciamientos de las Altas Cortes que resuelvan los anteriores interrogantes, esta investigación permitió conocer una opinión de la Superintendencia Financiera, en la cual sostuvo que en la contratación de seguros con el Estado bajo la forma de consorcio o unión temporal de aseguradoras, no era aplicable el coaseguro, postura que compartimos. Luego de analizar separadamente la responsabilidad de los consorcios y uniones temporales y la responsabilidad de los coaseguradores, la Superintendencia concluyó:

... desde la perspectiva propia del contrato de seguro regulado en nuestro Código de Comercio se observa que la mencionada figura solo tendría en común con el

coaseguro la posibilidad que tienen los aseguradores de distribuirse entre sí el riesgo asegurable. En efecto, el artículo 1095 del Código de Comercio define el coaseguro como aquel "...en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.

No obstante, en materia de la responsabilidad, en tanto que en el consorcio ésta es de carácter solidario, en el coaseguro, por aplicación del artículo 1092, cada asegurador responde en proporción al riesgo que asume en el contrato.

Como corolario de lo anterior se concluye que dentro del esquema de contratación estatal de seguros bajo la forma de consorcios no se configura el coaseguro. En tal virtud, existiendo expresa normativa en la Ley 80 sobre la responsabilidad que se deriva para sus integrantes, no resulta legalmente admisible colegir al respecto una responsabilidad diferente.

En este orden de ideas, la circunstancia conforme a la cual, según las consideraciones precedentes, en un consorcio las aseguradoras puedan distribuirse el riesgo a asumir, no implica que actúen bajo la forma de un coaseguro y mucho menos que la responsabilidad sea la prevista en el estatuto mercantil, pues ésta se encuentra expresamente consagrada por la Ley 80, de forma tal que independientemente de esa distribución dichas aseguradoras responderán

*solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato.*⁷³

Compartimos la posición de la Superintendencia Financiera y creemos que debe primar la solidaridad de los miembros de consorcio o de unión temporal consagrada en el Estatuto de contratación estatal, sobre la mancomunidad de los coaseguradores establecida en el Código de Comercio. Por lo tanto, consideramos que las aseguradoras que integran una unión temporal o un consorcio y que a su vez expiden pólizas bajo la forma de coaseguro responden solidariamente y no conjuntamente, en la indemnización del daño fiscal.

No obstante lo anterior, se reitera que en la práctica, en los eventos en que el amparo proviene de una póliza con cláusula de coaseguro, expedida por un consorcio o unión temporal de aseguradoras, la Contraloría ha optado por llamar al proceso a todas las compañías de seguro, reconociendo que cada cual responde por su porcentaje de participación en el coaseguro. Es decir que ha aplicado de preferencia la responsabilidad mancomunada que la norma comercial establece entre los coaseguradores, en lugar de la solidaridad que el estatuto de contratación pública consagra respecto de los integrantes de consorcios y uniones temporales⁷⁴.

Ese proceder admite un llamado de atención en el sentido de que la Contraloría ha de ser muy precisa y técnica al momento de vincular al garante y, con más veras, si éste se encuentra constituido por un número plural de aseguradoras. En tal evento, la Contraloría

⁷³ SUPERINTENDENCIA FINANCIERA: Concepto 2008062500-001 del 30 de octubre de 2008.

⁷⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada Intersectorial No. 7 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, Auto No. 1954 del 25 de noviembre de 2013.

tiene la obligación de enterar a cada compañía que llama al proceso⁷⁵ si su vinculación es a título individual, o si es en calidad de coasegurador o en calidad de miembro de un consorcio o unión temporal con quien la entidad afectada ha contratado sus pólizas, todo lo cual puede verificarse en la póliza y en las condiciones generales y particulares que forman parte integral de la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 1048 del Código de Comercio.

5. Alcance y extensión de la obligación indemnizatoria del asegurador.

Proferido y ejecutoriado el fallo que declara la responsabilidad fiscal, es crucial para el garante examinar la cuantía de la condena y compararla con el valor asegurado por la póliza. Si el daño fiscal resulta ser menor al monto asegurado por la compañía, se entiende plenamente cubierto y puede ésta, si a bien lo tiene, proceder al pago, sin perjuicio de su derecho a controvertir la decisión en instancias judiciales.

Pero si el daño fiscal declarado en el fallo supera el valor asegurado, tanto la compañía como el órgano contralor deberán tener presente que el límite máximo de la responsabilidad del asegurador corresponde a la suma asegurada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1079 del Código de Comercio, a cuyas voces *“El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”*.

⁷⁵ No en vano, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 dispone que al garante se le debe indicar el motivo de procedencia de su vinculación.

De acuerdo con el precepto anotado, la suma asegurada o el valor asegurado corresponde al límite máximo de responsabilidad por el que se debe hacer cargo la entidad aseguradora en los supuestos en que se cumplen todas las condiciones para proceder al pago del respectivo siniestro.

Significa lo anterior que aun cuando el daño patrimonial sufrido por el Estado tenga un valor superior a la suma asegurada, la compañía de seguros sólo se encuentra obligada al pago de ésta, en los estrictos términos de la póliza, pues fue sobre la misma que el asegurador efectuó el cálculo actuarial respectivo para el cobro de la prima que recibió como contraprestación por la asunción del riesgo que constituye el objeto del contrato de seguro⁷⁶.

De no ser así, estaríamos en presencia de un notable y desproporcionado desequilibrio contractual en contra de la entidad aseguradora y a favor del beneficiario del seguro, situación que no tiene asidero dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente y que no se haya justificada ni siquiera cuando el asegurado y beneficiario es el propio Estado.

En consecuencia y de conformidad con el derecho comercial colombiano, la aseguradora (o las aseguradoras cuando media cláusula de coaseguro) es deudora de la prestación asegurada hasta concurrencia del valor asegurado respectivo y no le es dable al órgano de control exigir el pago de sumas por las que el garante no está obligado a responder, toda

⁷⁶ Sobre este principio indemnizatorio la Superintendencia Financiera de Colombia ha establecido en forma prolija que: “En la Sección Primera, Capítulo II, Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, se consagran los principios comunes a los seguros de daños. En el artículo 1079 se señala como límite de la responsabilidad del asegurador la suma asegurada, la cual debe contener toda póliza de seguros de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 1047 del mismo código. En efecto, prescribe el mencionado artículo 1079 que “El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada (...)”. (SUPERINTENDENCIA FINANCIERA, Concepto. 2001075848-3 del 17 de enero de 2002).

vez que su límite máximo de responsabilidad radica en el equivalente a la porción que efectivamente aseguró.

Además de lo anterior, la Contraloría debe admitir la aplicabilidad del deducible cuando éste se haya pactado en la póliza, posibilidad que se deriva de manera inmediata del artículo 1103 del Estatuto Mercantil⁷⁷ y de la cual se colige que el deducible no es otra cosa que un porcentaje del siniestro que debe asumir o soportar el asegurado y que, por lo tanto, escapa del ámbito de la responsabilidad del asegurador⁷⁸.

En esa medida, ya sea en el marco del proceso de responsabilidad fiscal o bien en la instancia de ejecución coactiva, la Contraloría no puede pasar por alto la cláusula de deducible que hayan pactado las partes en el contrato de seguro que impone restar del valor del siniestro que reclama (daño fiscal), el valor del deducible que el asegurado consintió en asumir y abstenerse de exigir tal suma al asegurador.

⁷⁷ “Artículo 1103. Deducible. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.

⁷⁸ Siguiendo al profesor BUSTAMANTE, “el deducible o franquicia deducible, dentro de determinado límite, no significa normalmente una exclusión de amparo, sino una parte convenida del valor del siniestro que se deja siempre a cargo del asegurado (...).El deducible se puede empelar también como elemento de equilibrio, especialmente en seguros en los que existen posibilidades de pérdidas catastróficas, o en los que es necesario motivar al asegurado en la vigilancia y control de los posibles riesgos o, finalmente, en los que, por otras circunstancias, por la naturaleza de los riesgos o de las personas, se exige una participación obligatoria del asegurado o del beneficiario en la pérdida que ocasione el siniestro (...)”. (BUSTAMANTE, Jaime: “Manual de Principios Jurídicos del Seguro”. Editorial Temis, 1983. Págs. 161 y 162).

6. *La subrogación del asegurador en los derechos de la entidad asegurada*

Es regla general en el régimen de las obligaciones – y más en tratándose de obligaciones en dinero – que quien satisface la prestación por el deudor se subroga en los derechos del acreedor para repetir contra aquel. Así lo disponen los artículos 1666 y siguientes del Código Civil, ampliamente comentados por reconocidos tratadistas.⁷⁹

Esta regla se replica también en el ámbito de los seguros estableciéndose para el efecto en el artículo 1096 del Código de Comercio que *“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro (...)”*.

También el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contiene una disposición especial para los seguros de manejo, que consagra la subrogación de la compañía de seguros en los derechos de la entidad estatal asegurada y en contra del empleado público cuyo manejo de fondos o recursos estaba garantizado, al disponer en su artículo 203, numeral 3, que *“[p]or el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios.”*

Así, en virtud de la subrogación en las pólizas de manejo de entidades estatales, el asegurador sustituye a la entidad asegurada en el ejercicio de las acciones o derechos que ésta tendría contra el funcionario causante del siniestro, con el fin de poder recuperar de

⁷⁹Al respecto puede consultarse: OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: “Régimen General de las Obligaciones”, Temis, Bogotá 2005. Págs. 355 y siguientes. También: HINESTROSA, Fernando: “Tratado de las Obligaciones”, Volumen I, Universidad Externado, Bogotá, 2002. Págs. 571 y siguientes.

éste la cantidad por la que fiscalmente debería responder como consecuencia de los daños que ocasionó y cuya indemnización ha corrido inicialmente a cargo de la aseguradora en virtud de la póliza de manejo.

No ocurre lo mismo si la póliza afectada es la de responsabilidad civil para servidores públicos, pues el objeto de la subrogación, de acuerdo con el artículo 1096 comentado, es que el asegurador ejerza los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro y en estos eventos el responsable del siniestro o responsable fiscal es la misma persona del asegurado.

7. La vinculación del asegurador a dos o más procesos por virtud de una misma póliza y su tratamiento frente a una decisión condenatoria

Es pertinente referirse brevemente a esta situación particular en la cual el garante es vinculado en dos o más procesos de responsabilidad pretendiendo reclamarse en ambos la misma póliza. Ello puede suceder en la medida en que una misma entidad estatal asegurada pueda verse afectada patrimonialmente por hechos independientes que pueden ser susceptibles de ser investigados por la Contraloría de forma separada.

Lo primero que interesa determinar es si la póliza que se afecta en ambos procesos contiene cláusula de restablecimiento automático, que consiste en que una vez pagada la indemnización por el valor total asegurado, se restablece la cobertura por el mismo valor, pero condicionada a que el tomador o asegurado pague el valor de la prima. En caso

negativo, operará la extinción del contrato de seguro, cuyos efectos se estudian a continuación.

La obra del profesor J. Efrén OSSA explica que uno de los efectos del pago de la prestación asegurada es precisamente la extinción del contrato de seguro por sustracción de materia:

Fuera de lo que significa como extinción de la obligación del asegurador respecto del siniestro que le dio origen, el pago genera otros efectos dignos de una enunciación sucinta:

1. Con el pago de la pérdida total el contrato de seguro se extingue por sustracción de materia. Ya no existe el interés, ya no subsiste el riesgo, que son dos de sus elementos esenciales.⁸⁰

Una vez se produce el pago total de la suma asegurada en un proceso de responsabilidad fiscal, el amparo de la póliza se agota y deja de existir el contrato de seguro, pues como lo explica el citado tratadista, desaparecen dos de sus elementos esenciales: el interés y el riesgo asegurable.

En consecuencia, si el garante ya ha pagado el total asegurado y por ende se ha extinguido el contrato aseguraticio, no puede ser o seguir atado a un proceso de responsabilidad fiscal por virtud de esa póliza que ya fue agotada, pues no se cumple el requisito *sine qua non*

⁸⁰ OSSA, J. Efrén: Ob. Cit. Pág. 114. Pág. 466 y 467.

para llamamiento, que es la existencia de una póliza (vigente, por supuesto) que ampare al presunto responsable, o al bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso⁸¹.

Significa lo anterior, que una vez se agote el objeto del seguro por pago total de la suma asegurada, la entidad aseguradora no estará obligada a pagar nuevamente el monto asegurado porque así lo dispone la ley, pero adicionalmente, porque – como ya se dijo antes – fue sobre aquella suma que la compañía de seguros efectuó el cálculo actuarial respectivo para el cobro de la prima que recibió como contraprestación por la asunción del riesgo.

Por todo lo anterior, de presentarse una situación como esta, la compañía de seguros podrá alegar y acreditar en un proceso el pago que haya realizado en otro, y solicitar su desvinculación inmediata por ausencia (extinción) de la obligación aseguraticia. Tampoco estará obligada a pagar nuevamente, toda vez que su límite máximo de responsabilidad radica en el equivalente al valor asegurado de las pólizas, el cual una vez agotado no se restablece, salvo que se haya previsto otra cosa.

8. Caducidad y prescripción de la acción fiscal y de las acciones derivadas del contrato de seguro: vacíos e interrogantes

8.1. La Ley 610 de 2000

En materia de responsabilidad fiscal, la ley trae unos términos expresos de caducidad de la acción fiscal y de prescripción de responsabilidad fiscal. El primer lapso - *caducidad* -, corresponde al tiempo máximo que puede transcurrir entre la fecha de ocurrencia del hecho

⁸¹ Ley 610 de 2000, artículo 44.

generador del daño patrimonial al Estado y la fecha en que se profiera auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal⁸². El segundo lapso - *prescripción* -, corresponde al tiempo máximo que puede transcurrir entre la fecha en que se dicta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y la fecha en que debe dictarse providencia en firme que declare dicha responsabilidad⁸³.

Recientemente, la Corte Constitucional tuvo que estudiar la constitucionalidad del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, concluyendo que el establecimiento de un término de caducidad de cinco (5) años, además del que la ley consagra para la prescripción, cumple una doble función en la medida en que, por una parte, le atribuye efectos negativos al paso del tiempo lo que garantiza la existencia de un plazo perentorio para que las autoridades ejerzan las actividades que permitan iniciar el proceso de responsabilidad fiscal; y, por otra parte, le otorga certeza y seguridad jurídica a los posibles sujetos pasivos de la acción fiscal acerca del plazo máximo en el cual pueden estar sometidos a requerimientos por parte del órgano fiscalizador⁸⁴.

8.2. *El Código de Comercio y la Ley 1474 de 2011.*

⁸² Artículo 9° de la Ley 610 de 2000, inciso primero: “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto (...)”.

⁸³ Artículo 9° de la Ley 610 de 2000, inciso segundo: “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 (...)”.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-836 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

El Código de Comercio también contempla una disposición especial sobre la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro. Sin embargo, en la opinión de quien escribe, esta norma pudo haber sido objeto de derogatoria tácita solo en tratándose de pólizas de seguros comprometidas en procesos de responsabilidad fiscal.

El artículo 1081 del estatuto mercantil del siguiente tenor:

Artículo 1081. Prescripción de acciones. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

Antes de ser sustituida implícitamente por una disposición de la Ley 1474 de 2011, el régimen de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro tenía plena vigencia en los procesos de responsabilidad. La compañía de seguros podía hacer uso de los términos de prescripción extraordinaria y por esa vía alegar que el llamamiento en calidad

de garante al proceso de responsabilidad fiscal – entendido como el ejercicio de una acción derivada del contrato – se encontraba prescrita por el paso del tiempo.

Desde luego, ello no afectaba los términos de prescripción y caducidad de que trata la Ley 610 de 2000, sino que constituía una excepción de la aseguradora frente a quien pretendiera reclamar el pago de un siniestro por fuera del término de prescripción del contrato de seguros. Nótese que la norma del artículo 1081 reconoce a dos tipos de sujetos titulares de la acción: (i) el interesado, a quien le aplica la prescripción ordinaria de dos (2) años contados desde que haya tenido conocimiento o haya debido conocer el hecho que fundamenta su acción y (ii) cualquier otra persona (terceros), a quien le aplica la prescripción extraordinaria de cinco (5) años contados desde el momento en que nace para ellos el derecho frente a la aseguradora.

Aunque académicamente se haya planteado la teoría de que el término de prescripción del seguro aplicable a las Contralorías debería ser el ordinario, consideramos que el *interesado* es la entidad estatal afectada en su patrimonio, que funge como tomadora inicial de las pólizas y cuyo deber legal es proteger y proveer el aseguramiento de sus bienes e intereses patrimoniales⁸⁵. Desde esa perspectiva, creemos que la Contraloría encaja dentro de la segunda clase de sujetos titulares de la acción, por tratarse *de cualquier otra persona* o de un tercero ajeno, en principio, al *interesado*, entendido como la entidad titular del interés asegurable.

⁸⁵ Ley 45 de 1990, artículo 62.

Ahora, el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 estableció que “*(l)as 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*” y, como se comentó en el acápite anterior, los plazos previstos en esta Ley son todos de cinco (5) años.

En consecuencia, cuando la Ley 1474 iguala los términos de prescripción del seguro a los de la responsabilidad fiscal, no produce en la práctica ninguna alteración, pues si la reclamación del seguro prescribía en cinco (5) para la Contraloría de acuerdo al Código de Comercio, también prescribe en el mismo término a la luz de esta nueva legislación.

Para quienes, antes de la entrada en vigencia del Estatuto Anticorrupción, compartían la teoría según la cual los organismos de control fiscal debían regirse por la prescripción ordinaria del Código de Comercio, ciertamente la Ley 1474 de 2011 introdujo una ampliación considerable del término prescriptivo en favor de las Contralorías. Para quienes creemos en la tesis contraria, el término extraordinario de cinco (5) años permaneció intacto.

9. El control de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal y los derechos del garante.

Como es propio de todo acto administrativo, el fallo de responsabilidad fiscal en firme que pone fin a la actuación de la Contraloría es susceptible de ser impugnado ante la

jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así lo dispone el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, que reza:

Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.

Además, por tratarse de un acto administrativo de carácter particular⁸⁶, contra dicho fallo procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), que reza:

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo,

⁸⁶ Al respecto véase SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: “Tratado de Derecho Administrativo”, Vol. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Sobre el particular debe advertirse que el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal no solo afecta a los sujetos que son hallados responsables, sino también a las compañías de seguros vinculadas en calidad de garantes que sean declaradas civilmente responsables en la providencia definitiva. Tanto así, que el fallo de responsabilidad fiscal, una vez en firme, presta mérito ejecutivo en contra de los responsables fiscales y en contra de los garantes, por expresa disposición del artículo 58 de la Ley 610⁸⁷ y puede hacerse efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

Es por tal motivo que la compañía de seguros que se crea injustamente afectada por un fallo de responsabilidad fiscal, goza de plena legitimidad por activa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para demandar la anulación de dicho acto administrativo y solicitar el restablecimiento de su derecho conculcado por la decisión de la Contraloría.

En la medida en que tanto a los responsables fiscales, como a la compañía de seguros, los afecta la decisión de fondo que adopte el juez administrativo frente a la legalidad del fallo fiscal, lo procedente es que al admitir y avocar conocimiento de la demanda formulada por

⁸⁷ Artículo 58. Mérito ejecutivo. “Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías”.

la aseguradora, el juez provea lo necesario para que se hagan parte en el proceso quienes hayan sido declarados responsables en la actuación administrativa⁸⁸. De la misma forma, si quien demanda la nulidad del fallo es el principal implicado, el juez deberá ordenar que se vincule a la compañía de seguros que haya sido condenada en calidad de garante, todo lo cual guarda plena coherencia con lo dispuesto en el artículo 171, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011⁸⁹, según el cual, una vez admitida la demanda, se debe notificar personalmente a los sujetos que según las actuaciones acusadas tengan un interés directo en el resultado del proceso.

⁸⁸ Así lo reconoció la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia del 7 de octubre de 2013, al admitir una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que entabló una compañía de seguros que había sido condenada por la Contraloría en calidad de garante (M.P. Óscar Armando Dimaté Cárdenas, Expediente: 2013-2177).

⁸⁹ Artículo 171. Admisión de la demanda. “El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, mediante auto en el que dispondrá:

(...)

3. Que se notifique personalmente a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso.”

CONCLUSIONES

Como lo establece el propio artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la compañía de seguros que es vinculada a la actuación fiscal goza de las mismas garantías que los demás implicados. Reiterando lo dicho en las líneas introductorias, esta norma, aunque corta, es la que abre la puerta a que se debatan asuntos propios del derecho de seguros en instancias administrativas como lo es el proceso en mención.

El estudio plasmado en esta Monografía permite concluir que el lente con que se debe mirar y juzgar al garante es distintísimo de aquel con que se debe procesar al principal implicado. La naturaleza de la responsabilidad a que se ven abocados uno y otro es absolutamente diferente, como también lo son las normas jurídicas en que dicha responsabilidad se fundamenta.

Aun cuando el escenario del control fiscal no pareciera ser el más propicio para iniciar un litigio en torno al contrato de seguro y la procedencia o no de la reclamación que formula la Contraloría al asegurador, ello no podría ser de otra forma, pues la consagración constitucional y legal de principios y garantías en favor de los sujetos procesales conlleva forzosamente a que se le deba permitir a la aseguradora esgrimir todos los hechos, excepciones, elementos y argumentos que a bien tenga en su defensa, para lograr su desvinculación, su absolución o, en defecto de lo anterior, para procurar que su condena como tercero civilmente responsable se haga con estricto apego al contrato de seguro y al derecho que lo gobierna, que es el que se ha estudiado a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, el derecho de seguros pareciera no estar tan decantado en el ámbito de la responsabilidad fiscal. Pese a que muchas de las instituciones jurídicas que aquí se han estudiado ofrecen cierta claridad teórica, su aplicación práctica en las actuaciones fiscales es aún incipiente y tímida, hecho que se evidencia, en buena medida, en la escasa referencia al derecho de seguros en los pronunciamientos de la Contraloría General de la República.

Incluso algunos, como NÚÑEZ VILLALBA⁹⁰, han llegado a afirmar que la compañía de seguros goza de un derecho de defensa más formal o procesal, que material o sustancial en los procesos de responsabilidad fiscal. Ello en la medida en que la ley le garantiza su derecho a solicitar pruebas, controvertir las que se alleguen en su contra, interponer los recursos de ley contra las providencias que afectan sus intereses y controvertir el fallo de responsabilidad fiscal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, todos estos, derechos esencialmente procesales. Sin embargo, el derecho de defensa material de la aseguradora *“se ve vulnerado por la falta de conocimiento que algunos de los Servidores Públicos de las Contralorías Seccionales de la Contraloría General de la República o las Regionales – Departamentales y Municipales-, tienen sobre el contrato de seguro, llevándolos de buena fe a cometer errores de interpretación del contrato y de la ley mercantil de seguro (...)”*.

También debe reconocerse que la Ley 610 de 2000 y, en especial la Ley 1474 de 2011, son cuerpos normativos recientes, que aún no se encuentran del todo decantados y asimilados en nuestra cultura y estructura jurídica, lo que explica que varios de los temas aquí tratados no hayan sido objeto de pronunciamiento judicial y, por lo mismo, que algunas de las

⁹⁰ NÚÑEZ VILLALBA. Ob. Cit. Pág. 6.

teorías e interpretaciones que se han sugerido y desarrollado en esta Monografía no cuenten aún con respaldo jurisprudencial o doctrinal, siendo apenas el resultado de la tarea de quien escribe, de intentar articular el derecho de seguros y el derecho de la responsabilidad fiscal.

La labor integradora que aquí se ha trazado todavía se echa de menos en la producción bibliográfica nacional, de cuyo estudio pudo evidenciarse que los más reconocidos tratadistas de derecho administrativo y del control fiscal han omitido desarrollar a profundidad los aspectos concernientes al tercero civilmente responsable y al aseguramiento del daño al patrimonio público; al tiempo que los autores más importantes en el ámbito del derecho de seguros tampoco han acometido un estudio acucioso de la responsabilidad fiscal desde la perspectiva del régimen de seguros y de los contratos que amparan esta modalidad de responsabilidad, como un ramo más del negocio asegurador.

Por otra parte, para nadie es un secreto que hoy por hoy, en los pregrados de Derecho, la aproximación al régimen de la responsabilidad fiscal es mínima y, aun cuando se le dediquen horas de estudio al contrato de seguro, lo cierto es que poco o nada se dice acerca de las pólizas de manejo de entidades oficiales y de responsabilidad civil de los servidores públicos y su tratamiento a la luz del proceso de responsabilidad fiscal.

La investigación, descubrimiento, análisis y exposición de las temáticas cardinales del derecho de seguros en el ámbito de la responsabilidad fiscal, como aquí se ha hecho, es el trabajo que debemos acometer los profesionales del Derecho y su fortalecimiento dependerá en gran medida de la labor que desde ya emprendan nuestros jueces y magistrados de lo contencioso administrativo, en el ejercicio del control judicial de los

fallos de responsabilidad fiscal. Ellos tienen la ardua tarea de dar sentido y contenido a las normas estudiadas y de construir un precedente jurisprudencial consistente y coherente, que sirva de faro a litigantes, contralores, entidades estatales, compañías de seguros, facultades de derecho y comunidad jurídica en general.

BIBLIOGRAFÍA

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico:
“Gestión del proceso de responsabilidad fiscal. Preguntas y respuestas”.
Bogotá, 2013

BOTERO MORALES, Bernardo: “La Teoría y la práctica del Seguro por Reclamación o Seguro Claims Made”. En www.fasecolda.com.

BUSTAMANTE, Jaime: “Manual de Principios Jurídicos del Seguro”. Editorial Temis, 1983

CÓDIGO DE COMERCIO, Decreto 410 de 1971

CÓDIGO CIVIL, Ley 57 de 1887

COLOMA CHICOT, José Alberto: “La responsabilidad civil en el delito fiscal”. Madrid,
España: Marcial Pons, 2001

CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia del 11 de julio de 2002, Consejero
Ponente: Manuel Urueta Ayola, Radicado No. 1100103240001999037601

CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia de febrero 16 de 2012, Consejero
Ponente: Marco Antonio Velilla

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 25 de julio de 1994. Expediente:
8483. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994. Expediente:

9.618. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta

CONSEJO DE ESTADO: Sección Segunda, Sentencia de enero 27 de 2011. Consejero Ponente:

Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación Número: 85001-23-31-000-2004-01989-02-0730-08

CONSEJO DE ESTADO: Sección Segunda, Sentencia del 12 de abril de 2012, Consejero

Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09)

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera: Sentencia del 31 de julio de 1997, Consejero

Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Expediente: 10262.

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 12 de abril de 2002. Expediente:

13.922. Consejero Ponente: German Rodríguez Villamizar

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Auto de 22 de mayo de 2003. Expediente: 23.532.

Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de mayo 29 de 2003, Rad.: 14577.

Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Expediente:

23.218. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente 30.832, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Auto del 8 de febrero de 2007, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad.: 27338

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2009; Expediente 25694. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 9 de junio de 2010. Expediente: 37722. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo (e)

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 24 de marzo de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 19067.

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2011, Expediente: 36539. Consejero Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 2011. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de agosto 31 de 2011, Expediente: 18.080, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio

CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia de febrero 16 de 2012, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla

CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta: Sentencia del 24 de enero de 2013. Consejero Ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez. Rad. 20060014901

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de febrero 13 de 2013, Expediente: 24.996, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

CONSEJO DE ESTADO: Sección Tercera, Sentencia de febrero 28 de 2013, Expediente: 25199, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

CONSEJO DE ESTADO: Sección Primera, Sentencia de agosto 15 de 2013, Expediente: 2003-00085, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta número 848 del 31 de julio de 1996

CONSEJO DE ESTADO: Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 10 de agosto de 2006, Ref. 1767, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1886

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1991

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dirección Jurídica: “Estudio sobre el Daño Patrimonial al Estado”. 2001.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Concepto 0070A de 15 de enero de 2001

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Conceptos No. 80112EE9273 del 14 de febrero de 2006

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Concepto 80112E15354 de 13 de marzo de 2006

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Concepto del 22 de diciembre de 2006. Oficina Jurídica. Radicado: 80112-2006EE65886

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, Contraloría Delegada Intersectorial No. 7. Auto de apertura e imputación de fecha 20 de junio de 2012.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada Intersectorial No. 7 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, Auto No. 1954 del 25 de noviembre de 2013

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-440 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-046 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia SU 620 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-504 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-973 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-430 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-100 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-840 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-832 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-131 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-217 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-753 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T- 468 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-576 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-621 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-340 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-382 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-388 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-289 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-836 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza
Martelo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil: Sentencia del 30 de junio de 1962
G.J. Tomo XCIC

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala De Casación Civil, Sentencia 2000-00528 de
septiembre 25 de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil, Sentencia 2005-00425 del 5 de julio
de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel: “El seguro de responsabilidad. Colección textos de
jurisprudencia”. Universidad del Rosario. Bogotá. 2006

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel: “Responsabilidad fiscal y seguros”. Asociación
Colombiana de Derecho de Seguros – ACOLDESE. Noviembre de 2006

DUQUE ESCOBAR, Iván: “El Control Fiscal”. Impresa Ltda. Bogotá, 1980

FASECOLDA. “La industria aseguradora en Colombia”. 2011

FLÓREZ RAMÍREZ, Alfredo Enrique: “El proceso de responsabilidad fiscal en la Ley 610 de
2000”. Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas No. 100 (Dic. 2000),
p. 299-330

GÓMEZ LATORRE, Armando: “Antecedentes históricos de la Contraloría”. En: Economía
colombiana, núm. 150, 1983. Pág. 52

GÓMEZ QUINTERO, Raúl: “La responsabilidad fiscal ley 610 del 18 de agosto de 2000”,
Bogotá: Doctrina y Ley, 2000

HINESTROSA, Fernando: “Tratado de las Obligaciones”, Volumen I, Universidad Externado,
Bogotá, 2002

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique: “La responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad
fiscal”. Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 1998

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: “Delimitación Temporal de la Cobertura en el
Seguro de la Responsabilidad Civil”. Bogotá, Junio de 2001. En Academia
Colombiana de Jurisprudencia

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: “La configuración del Siniestro en el Seguro de
Responsabilidad Civil”. Pontificia Universidad Javeriana y Temis. Bogotá.
2011

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: “Derecho de Seguros”. Tomos I, II y III Pontificia
Universidad Javeriana y Temis. Bogotá. 2012

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: “La Prescripción en el Contrato de Seguro”.
Pontificia Universidad Javeriana y Temis. Bogotá. 2012

LE TOURNEAU, Philippe: “La responsabilidad Civil”. Legis. 2010

LEY 45 DE 1990

LEY 42 DE 1993

LEY 80 DE 1993

LEY 389 DE 1997

LEY 610 DE 2000

LEY 678 DE 2001

LEY 1150 DE 2007

LEY 1474 DE 2011

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Comentarios al Contrato de Seguro”. Dupre Editores. 2010

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Procedimiento Civil”, Tomo I. Dupré Editores, Bogotá, 2009

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo: “El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011

NÚÑEZ VILLALBA, César Augusto: Ponencia “Los principios rectores del contrato de seguro y su aplicación en los procesos de responsabilidad fiscal. La ocurrencia del siniestro y la problemática actual, desde el punto de vista técnico y procesal. Incidencia en los contratos de reaseguros.” Consultado en: http://www.acoldeseaida.org/descargas/ponencia_cesar_nunez.pdf

OSSA, J. Efrén: “Teoría General del Seguro”. Editorial Temis, Bogotá, 1991

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo: “Régimen General de las Obligaciones”, Temis, Bogotá
2005

PARRA QUIJANO, Jairo: “Manual de Derecho Probatorio”, Librería del Profesional, Bogotá,
2002

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel: “Responsabilidad fiscal y control del gasto público”,
Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2004

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: “Tratado de Derecho Administrativo”, Universidad
Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge: “Responsabilidad Civil”. Tomo I y II. Pontificia Universidad
Javeriana. 2013

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA: Concepto N° 96037644-2 de noviembre 21
de 1996

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA: Concepto 2001036918-2 del 26 de septiembre de 2001

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA: Concepto 2001075848-3 del 17 de enero de 2002

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA: Concepto 2008062500-001 del 30 de octubre de 2008

TAMAYO JARAMILLO, Javier: “Tratado de Responsabilidad Civil”. Tomo I y II. Quinta
reimpresión de la segunda edición, Colombia, 2007

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA: Sección Tercera, Subsección A.
Sentencia del 21 de octubre de 2004. Expediente 2001-0711. M.P. Juan Carlos
Garzón Martínez.

YOUNES MORENO, Diego: “Derecho del control fiscal”. Escuela Superior de
Administración Pública ESAP, Bogotá, 2010