

LA VINCULACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

JAVIER RICARDO MAYA GARCIA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO DE SEGUROS
BOGOTÁ
2015**

LA VINCULACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

JAVIER RICARDO MAYA GARCIA

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE ESPECIALISTAS EN DERECHO DE SEGUROS.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO DE SEGUROS
BOGOTÁ
2015**

TABLA DE CONTENIDO

	PAG
I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	
1. Corte Constitucional - Sala Plena	2
Sentencia D-4474 de 2013	
26 de agosto de 2003	
Referencia de Expediente T- 3.921.594	
Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis	
2. Consejo de Estado – Sección Primera	9
18 de marzo de 2010	
Referencia de Expediente: 00529-01	
Magistrado Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta	
3. Sentencia Consejo de Estado – Sección Primera	15
26 de junio de 2013	
Referencia de Expediente: 90537-01	
Magistrado Ponente: Dra. Maria Elizabeth Garcia Gonzales	
III. ANALISIS JURIDICO SOBRE LA VINCULACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL	
1. Regulación de la vinculación de la aseguradora en los procesos de responsabilidad fiscal.	22

2. Límite de responsabilidad de la aseguradora en los procesos de responsabilidad fiscal.	24
IV. CONCLUSIONES	28
V. BIBLIOGRAFIA	29

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 610 de 2000 regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, definiéndolo como *“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”*. En tal sentido, tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria.

Reconociendo la importancia de los procesos de responsabilidad fiscal y las acciones y consecuencias derivadas de mismo, el legislador colombiano en la redacción de la Ley 610 de 200 y en especial del artículo 44, contempló la necesidad de vincular a las aseguradoras cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, con el fin de salvaguardar el patrimonio del estado.

Sin embargo, dicho objetivo legal ha generado múltiples inconvenientes al respecto, razón por la cual el resultado de este análisis busca poder evidenciar bajo que límites se realiza la vinculación de las aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, es especial frente a la responsabilidad, que clase de perjuicios se amparan, los derechos que le asiste al garante y bajo que alcance se predica la solidaridad en su calidad de tercero civilmente responsable.

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Sentencia Corte Constitucional - Sala Plena

Sentencia D-4474 de 2013

26 de agosto de 2003

Referencia de Expediente T- 3.921.594

Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis

1.1 RESEÑA

1.1.1 RELACIÓN DE LOS HECHOS

a) El ciudadano Jorge Eduardo Narváez Bonnet presento demanda de inconstitucionalidad frente al artículo 44 de la Ley 610 de 2000 "Por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías". Norma demandada, 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".

b) Considera el demandante que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, vulnera los artículos 2, 4, 6, 29, 113, 119, 121, 158, 169, 228, 229 y 268 numeral 5 de la Constitución Política.

1.1.2 CARGOS DE LA DEMANDA:

Cargo uno: La norma demandada atribuye funciones judiciales al organismo de control fiscal, ya que desconoce la distribución de funciones establecida en la Constitución Política entre las diferentes ramas del poder público

Cargo Dos: Se vulnera el derecho de igualdad que le asiste a todas las personas ante la Ley, ya que no permite a las aseguradoras acceder al juez natural, lo que resulta claramente discriminatorio.

Cargo tres: Se desconoce el principio de unidad de propósitos de la ley toda vez que no existe relación entre la norma demandada y el proceso de responsabilidad fiscal, porque la responsabilidad del asegurador bajo una póliza de seguro es materia diferente a la que se produce como consecuencia de la gestión fiscal.

1.1.3 PROBLEMA JURÍDICO

¿La norma acusada atribuye funciones judiciales al organismo de control fiscal, vulnera el derecho de igualdad y desconoce el principio de unidad de materia?

1.1.4 INTERVENCIONES

1.1.4.1 Ministerio de Interior y Justicia: Solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la norma acusada frente a los cargos uno y dos, por existir cosa juzgada constitucional toda vez que la bajo la Sentencia C – 648 de 2002 se declaró la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

Frente al cargo tercero señala que no le asiste razón al demandante por cuanto existe una relación teológica entre la norma acusada y el eje central de la ley, al existir procedimiento aplicable en el juicio de responsabilidad fiscal.

1.1.4.2 Contraloría General de la República: Solicita a la Corte estarce a lo resuelto en la Sentencia C-648 de 2002 en donde se declaró la exequibilidad de la norma y se analizó la posible violación de los artículos 29, 113, 116, 117, 119, 121, 158, 267 y 268 de la Constitución Política.

De la misma forma señala que la responsabilidad fiscal está relacionada con la administración de los recursos del Estado por parte de los servidores públicos y dentro de las funciones de la Contraloría esta establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer sanciones y el recaudo de las mismas.

Ahora bien, aclara que la vinculación que se hace a las aseguradoras es en calidad de terceros civilmente responsables en su calidad de garantes de los bienes del estado contra los hechos futuros e inciertos que puedan causarle perjuicio o detrimento al patrimonio público

1.1.4.3 Auditoría General de la República: Establece que frente a los cargos de la demanda la Corte debe estarce en lo resuelto en la Sentencia C-648 de 2002. Adiciona que si bien es cierto que las aseguradoras no ejercen función fiscal si pueden ser vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal como terceros civilmente responsables sin que ello implique que las facultades otorgadas a la contraloría comporte

asunción de competencias que constitucionalmente correspondan a otras autoridades.

Frente al derecho de defensa de las aseguradoras considera que el mismo está garantizado ya que cuentan con los mismos derechos y facultades que le asisten a l principal implicado.

1.1.4.4 Academia Colombiana de Jurisprudencia: Afirma que la Corte debe declarar la exequibilidad de la norma ya que la misma esta llamada a servir de figura protectora del tesoro público, a través del llamamiento en garantía de la empresa aseguradora, que lógicamente puede en caso de condena pagar la correspondiente póliza, luego repetir contra el contratista estatal y en ultimas ejercer en contra de su reaseguradora, buscando el resarcimiento del dinero pagado.

Concluye que no se vulnera en ningún momento el derecho e defensa y acceso a la administración pública, ya que la aseguradora durante el proceso de responsabilidad fiscal podrá ejercer su defensa toda vez que cuenta con los mismos derechos y facultades del principal implicado.

1.1.4.5 Federación de Aseguradores Colombianos FACECOLDA: No presento concepto al respecto.

1.1.4.6 Procuraduría General de la Nación: el Procurador General de la Nación emite concepto señalando que no se puede predicar que el fenómeno de la cosa juzgada constitucional dado que los cargos que analizó la corporación bajo la Sentencia C 648 de 2002 son diferentes a los que se discuten.

Frente al cargo relacionado con el la vulneración de la separación de las ramas del poder público no debe prosperar ya que a pesar que el juicio fiscal que adelanta la contraloría es de naturaleza administrativa, no existe razón validad para asegurar que tales organismos no están facultados para realizar el llamamiento en garantía más aun cuando las mismas se constituyeron para la protección del patrimonio público.

Respecto de la posible violación del principio de igualdad advierte que el procedimiento administrativo está enmarcado dentro del debido proceso, razón por la cual no se desconocen los derechos que le asisten a las aseguradoras con el llamamiento en garantía.

A su vez, considera que el principio de unidad de materia no se vulnera porque la finalidad perseguida con el juicio fiscal es el resarcimiento patrimonial a favor del estado, de forma tal, que la responsabilidad que se deriva se encuentra en estrecha relación con la implementación de medios idóneos que permitan la realización de los propósitos y fines que el Estado busca satisfacer a través de los procedimientos administrativos.

1.1.5 CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones para cada cargo de las recurrentes:

En concordancia con lo establecido en los conceptos emitidos por los intervinientes considera la Corte que frente al cargo primero se configura el fenómeno de la cosa juzgada ya que a través de la Sentencia C 648 de 2002 declaro la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 por los

cargos examinados en esta ocasión relativos a la supuesta vulneración de los artículos 29, 113, 116, 117, 119, 121, 158, 167 y 168 de la Constitución Política.

Específicamente frente a la vulneración del principio de separación de las ramas del poder público así como el debido proceso, en dicha oportunidad la Corte considero que *...“el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección....*

Frente al principio de igualdad en el acceso a la justicia para las aseguradoras, establece la Corte que en los la vinculación de las aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal no se vulneran los derechos de la aseguradora ni el debido proceso, toda vez que esta cuenta con los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones que adopte al contraloría las cuales se configuran en un acto administrativo que puede ser recurrido e impugnado ante la jurisdicción en lo contenciosos administrativo.

Así mismo, señala la corte que el principio de unidad de materia no es un concepto rígido que pueda restringir de manera excesiva la tarea del

Legislador, sino que debe entenderse dentro de un objetivo razonable de garantizar que el debate democrático se realice de manera transparente y que facilite la aplicación de las normas por parte de los destinatarios sin que puedan aparecer de manera sorpresiva, temas que no guardan relación con las disposiciones objeto de regulación por el Congreso ¹.

De lo anterior, encuentra la Corte que el principio de la unidad de materia no se controvierte en el caso en materia ya que existe una clara relación teológica y sistemática entre este y el objeto de la Ley 610 de 2000, más aun cuando el papel que está llamado a jugar a la aseguradora es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio del estado por el servidor público o el particular responsable de la gestión fiscal, en su calidad de garante como tercero civilmente responsable.

En consecuencia la Corte declaró estarce a lo resuelto en la Sentencia C 648 de 2002 y declarar la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 frente a los cargos planteados por el actor.

1.2 EVALUACION CRITICA:

Acierta la corte al señalar que la acción fiscal es independiente a cualquier otra acción judicial o administrativa ya que su objetivo versa sobre el resarcimiento de los perjuicios ocasionados a los bienes del Estado con ocasión al ejercicio de las funciones de los servidores públicos o particulares, más aun cuando el objetivo fundamental de la acción fiscal es lograr el resarcimiento del presunto perjuicio que haya sufrido.

¹ Sentencia C- 233 de 2002 MP Alvaro Tafur Galvis

Sin embargo, pese a que las aseguradoras se han comprometido con dicho objetivo, de indemnizar los perjuicios que se generen con la realización del siniestro, las contralorías deben respetar los límites que se establecen en el contrato de seguro, en el entendido que la vinculación que se realiza dentro de los procesos de responsabilidad fiscal se hace en virtud de tercero civilmente responsable y que la solidaridad que se predica es en relación con su garantizado y no con los posibles diferentes responsables fiscales que se vinculen en el proceso; esto es, individualizando las consecuencias jurídicas que se pueden desprender del proceso para su garantizado y para ella misma, respetando los límites del valor asegurado, los términos de prescripción y las exclusiones pactadas en el contrato de seguro.

2. Consejo de Estado – Sección Primera

18 de marzo de 2010

Referencia de Expediente: 00529-01

Magistrado Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta

2.1 RESEÑA

2.1.1 RELACIÓN DE LOS HECHOS

1. La Asociación Mutual Pendasalud ESP suscribió con la Dirección Departamental de Salud del Cauca el Contrato No. 14 para la administración de los recursos del régimen de seguridad social.
2. La Asociación Mutual Pendasalud ESP para garantizar el cumplimiento del contrato tomó la póliza 398237 con la Compañía de Seguros Liberty de Seguros S.A. cuyo valor asegurado era de \$31.256.978 por anticipo y \$86.344.343 por cumplimiento.

3. El 22 de julio de 2003 la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Cauca – profirió fallo con responsabilidad fiscal en el que se declaró civilmente responsable a la Compañía de Seguros Liberty de Seguros S.A. en su calidad de civilmente responsable por \$117.601.321.
4. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Compañía de Seguros Liberty de Seguros S.A. presento demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por indebida vinculación y subsidiariamente se declare la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.
5. La Contraloría General de la República presento recurso de apelación contra la sentencia de 23 de agosto de 2007 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2.1.2 PROBLEMA JURIDICO

¿Pese a la exclusión de responsabilidad fiscal prevista en las Condiciones Generales de la póliza de seguros jurídicamente la Contraloría General la aseguradora podía o no ser vinculada a la actuación administrativa?

2.1.3 RESEÑA DEL FALLO DE INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, encuentra que la Contraloría no podía vincular a la aseguradora como tercero civilmente responsable.

2.1.4 FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

Pese a la disposición establecida en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, que establece que *“...cuando el presunto responsable, el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculara al proceso a la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable...”*, el tribunal determinó que la Contraloría General de la República no podía vincular a la aseguradora como tercero civilmente responsable, toda vez que en las condiciones generales de la póliza se excluía las posibles reclamaciones que hiciera la Contraloría General de la República por investigación fiscal.

Por lo anterior, declaró la nulidad del fallo en cuanto a las obligaciones a cargo de la aseguradora y ordeno la devolución del valor que aquella hubiere pagado, acogiendo el cargo de falta de competencia para expedir el acto acusado.

2.1.5 RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente pone de presente que la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal se realiza bajo la figura de tercero civilmente responsable y que el órgano de control actúa en representación de los intereses del estado.

Así mismo, establece que no es viable que las aseguradoras pretendas exonerarse de la obligación que les impone el contrato de seguro al amparar el manejo de los dineros públicos.

Por lo expuesto, solicita que ser revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.1.6 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Señala el Consejo de Estado, que la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional quien señaló que cuando el legislador dispuso que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de la finalidad social del Estado y la finalidad de tal vinculación radica en garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o bien amparado por una póliza.

Aclarado lo anterior y frente al caso en concreto, el Consejo de Estado entra a resolver la eficacia de la cláusula de exclusión consignada en el numeral 2.5 de las condiciones generales de la póliza que señaló: *“esta póliza no cobre los riesgos de (...) reclamaciones presentadas por la Contraloría General de la Nación cuando esta no figure en la caratula de la póliza como asegurado beneficiario, por razón de las investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva en las que LIBERTY SEGUROS S.A. sea vinculada de acuerdo con la Ley 610 de 2000”*.

Frente al particular, para el Consejo de Estado la cláusula de exclusión deviene en inocua, por cuanto la Ley 610 de 2000 es de orden público debido a que regula el ejercicio de una función pública y el artículo 44 hace parte de un procedimiento necesario para poder dar cumplimiento a

dicha función, razón por la cual la cláusula en comento es jurídicamente irrelevante ante la prevalencia del aludido precepto legal. En conclusión, la sentencia apelada es infundada en este punto, pues se verificó que la Contraloría General de la República sí es competente para vincular a la actora como tercero civilmente responsable en tanto garante del contrato, y declarar de fondo sobre su responsabilidad civil con relación a los resultados del proceso en cuestión; de donde habría lugar, en principio, a revocarla.

Sin perjuicio de lo anterior, señala la Sala que la actora formuló otro cargo frente al cual el a quo guardó silencio, relacionado con la prescripción de cara a las acciones derivadas del contrato de seguro, frente al cual el Consejo de Estado se refiere en los siguientes términos.

El cargo se fundamenta en que desde el momento en que ocurrieron los hechos y el fallo proferido por la Contraloría General de la República, transcurrieron más de dos años.

Señala la sala que la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal de la aseguradora, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, es como tercero civilmente responsable y no como responsable fiscal, por las razones inherentes al contrato de seguro, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial y no de gestión fiscal, ya que no ha desplegado alguna conducta lesiva para el erario, de allí que la responsabilidad que se declare es igualmente civil o comercial en su calidad de garante y nunca fiscal.

Así mismo establece que la acción derivada del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes que finalice el proceso de responsabilidad fiscal no existiría título ejecutivo,

toda vez que el mismo estará conformado por la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordene hacer efectiva la póliza bajo el amparo que corresponda; de allí que se ente ante un título ejecutivo compuesto.

Frente al caso en concreto considera que es aplicable la prescripción del artículo 108 del Código de Comercio y no el término de caducidad del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, toda vez que el fallo que ordeno hacer efectiva la póliza fue notificado a la actora el 02 de septiembre de 2003 y la vigencia de la póliza venció el 01 de mayo de 1998, lo cual pone de presente que el término de dos años fijado en el artículo 1081 del Código de Comercio estaba ampliamente vencido.

De acuerdo con lo expuesto decide el Consejo de Estado que se confirma la sentencia pero por la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y no por las razones expuestas en dicha sentencia (cláusula de exclusión).

2.1.7 EVALUACIÓN CRÍTICA

Se comparte el criterio adoptado por el Consejo de Estado, para ese momento, ya que el hecho de que exista prueba de un detrimento patrimonial al estado no implica el desconocimiento de las normas que regulan la materia, ya que las normas en materia administrativa o “estatal” no tienen el carácter de imperativas en general y por lo tanto no son superiores a la ley comercial, ya que regulan aspectos sustancialmente diferentes.

Es decir, el hecho de que mediante una póliza de seguro se garanticen los perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato (entre otros) no quiere ello señalar que tratándose de un proceso de responsabilidad fiscal la

ley comercial que rige el contrato de seguro se anule, aunque se trate de un detrimento patrimonial del estado.

Tratándose de estos asuntos, la obligación nace del contrato no del hecho, y resulta evidente que las obligaciones de la aseguradora se derivan del contrato de seguro, no del hecho (detrimento patrimonial) y si bien para la afectación de una póliza se requiere que se demuestre un detrimento (entre otros), también resulta indispensable que la acción derivada del contrato de seguro este vigente.

Ahora bien, en los procesos de responsabilidad fiscal es evidente que la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, siempre y cuando se demuestre el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato amparado por la póliza y en tal caso pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente, sin embargo, lo expuesto no implica que la Contraloría pueda declarar como civilmente responsable a la aseguradora dentro de los términos establecidos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, por cuanto como se explicó anteriormente los términos aplicables son los del artículo 1081 del Código de Comercio.

3. Sentencia Consejo de Estado – Sección Primera

26 de junio de 2013

Referencia de Expediente: 90537-01

Magistrado Ponente: Dra. Maria Elizabeth García Gonzales

3.1 RESEÑA

3.1.1 RELACIÓN DE LOS HECHOS

1. El 4 de noviembre de 1998 la Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia suscribió contrato de prestación de servicios con la Sociedad Todo Producciones Ltda.
2. Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) expidió la póliza 9475878 para garantizar el cumplimiento del contrato suscrito entre las partes.
3. La Lotería la Nueve Millonaria de la Nueva Colombia declaro la caducidad del contrato mediante Resolución No 007 del 12 de enero de 1999.
4. La contraloría General de la República mediante auto del 21 de septiembre declaro abierto el proceso de responsabilidad fiscal No. 232, por el detrimento patrimonial ocasionado por el pago de los intereses moratorios causados al no cancelar oportunamente el saldo que se adeudaba al contratista, sindicando como responsable fiscal al Gerente General de la Lotería la Nueve Millonaria.
5. El 21 de julio de 2003 la Contraloría General de la República, profiere fallo con responsabilidad fiscal por el detrimento patrimonial cuantificado en \$269.530.141 por las irregularidades ocurridas durante la ejecución del contrato No. 039 de 2008, señalando como responsable al Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria y declaro a Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) como solidariamente responsable como consecuencia de ser garante de dicho contrato.
6. El 19 de noviembre de 2003 el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, resolvió el recurso de reposición, ordenando revocar el artículo tercero del fallo por medio del cual se

vinculó a Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) como solidariamente responsable.

7. El 22 de abril de 2004, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República resolvió el recurso de apelación decidiendo que siguen vinculadas las aseguradoras cuyas pólizas cubrían los siniestros acaecidos.
8. Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó el fallo proferido por la Contraloría General de la República.
9. La Contraloría General de la República presentó recurso de apelación contra la sentencia del 21 de enero de 2010 proferida por el Tribunal de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

3.1.2 PROBLEMA JURIDICO

¿Puede ser vinculada una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal por hechos que no le son atribuibles a su garantizado?

3.1.3 RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

Primera Instancia: La Sección Primera – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a las pretensiones de la demanda.

3.1.4 FUNDAMENTOS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Declaro probada la causal de falsa motivación de los actos administrativos acusados, ya que la Contraloría General de la República en forma contraria a los hechos ya la realidad contractual determino que la aseguradora debía responder por hechos imputables a un tercero, ajeno al contrato que garantizó.

Señalo que la Contraloría General de la República al resolver de manera favorable el recurso de reposición interpuesto por Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.), la misma se tornó definitiva para el recurrente y resulta abiertamente ilegal resolver la apelación, toda vez que dicho recurso se interpuso de forma subsidiaria, lo que resulta que trasgredió el principio de la cosa juzgada, al hacer un segundo pronunciamiento por esta vía de apelación y al mantener vinculada a la actora.

En conclusión estableció que la aseguradora debió ser absuelta de forma definitiva, tal y como se hizo al momento de resolver el recurso de reposición, por la falta de causalidad entre el hecho, el responsable y los alcances de la póliza expedida por la aseguradora, ya que es evidente que los mismo no es encontraban amparados bajo la misma.

3.1.5 DEL RECURSO DE REPOSICION

Manifestó que no se ha demostrado la falta de motivación de los actos administrativos demandados, determinando al Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria como responsable así como exonerar a los otros implicados.

Explico que el tribunal realizo una indebida interpretación de la decisión de segunda instancia ya que esta en ningún momento revoco la decisión de primera instancia con relación a Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.), por cuanto el criterio de la contraloría es que la aseguradora no debía responder físicamente pro no existir nexo causal entre el contrato de seguro y el daño objeto del proceso. Adiciona que el fallo que resolvió el recurso señalo que le correspondería a la Jurisdicción Coactiva pronunciarse para exonerar del pago a la aseguradora.

De la misma forma señalo que no se ha demostrado el cargo de falta de competencia de la Contraloría para proferir los actos acusados ya que dicha competencia no se pierde hasta que se resuelvan todos los recursos de vía gubernativa, razón por la cual pese a que se había resuelto el recurso de reposición la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva era competente para resolver el recurso de apelación.

Finalmente considera la inexistencia de objeto para la acción incoada, dado que los actos administrativos acusados reconocen que la actora no estaba obligada a pagar por el daño patrimonial causado por el Gerente de la Lotería la Nueve Millonaria.

3.1.6 CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Frente a la falta de motivación de los actos administrativos señala la Sala que es evidente que la Contraloría mantuvo vinculada a la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, contrario a los hechos y a la realidad procesal, sin justificación alguna, ya que a través del fallo proferido el 1 de agosto de 2003 declaro civilmente responsable a Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) por conducto de la póliza 9475878 que garantizo el contrato No. 039 de 2008.

Que frente al recurso interpuesto por la aseguradora, mediante fallo del 19 de noviembre de 2003, dispuso revocar el fallo con responsabilidad fiscal, en lo que tiene que ver con la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) y en consecuencia desvinculo a la recurrente del proceso.

Pese a lo anterior y como el recurso de reposición fue adverso a la Compañía de Seguros La Previsora S.A. y al señor Emilio Heriberto Mora López, se les concedió el recurso de apelación, en el efecto suspensivo, frente al cual mediante auto del 22 de abril de 2004 la Contraloría decidió, pese a que Latinoamericana de Seguros S.A. (hoy Liberty Seguros S.A.) había agotado la vía gubernativa al serle resuelto el recurso de reposición, mantener vinculadas las compañías cuyas pólizas cubrían los siniestros acontecidos, lo que constituyo que la autoridad fiscal incurriera en falsa motivación ya que mantuvo vinculada a la actora sin justificación alguna.

De lo anterior, considera la Sala resaltar que tanto el recurso de reposición , como el de apelación, tienen como finalidad que se aclare, modifique o revoque el acto principal y que el artículo 51, en su inciso 3, ibídem, permite al administrado imponer el recurso de apelación directamente o subsidiario del se reposición; razón por la cual en el caso en concreto al resultar favorable el de reposición, se tornaba inocuo, por carencia de objeto y por sustracción de materia, decidir el de apelación.

Frente a la competencia para expedir el fallo de segunda instancia sostiene la Sala que si bien es cierto que en los procesos de responsabilidad fiscal regulados por la Ley 610 de 2000 tienen segunda instancia, no puede perderse de vista que los recursos de reposición y de

apelación pueden interponerse directamente o como subsidiario y que su finalidad es la misma, y que si el primero es resuelto de manera favorable se agota la vía gubernativa y causa ejecutoria.

Frente al cargo tercero

Respecto de la inexistencia de objeto para la acción incoada, considera que no tiene vocación de prosperidad y ante la falsa motivación de los actos administrativos se hacía posible su control de legalidad.

3.1.7 EVALUACION CRITICA

“EL GARANTE SOLO RESPONDE POR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS”

Considero oportuno precisar que las aseguradoras al expedir las pólizas de cumplimiento o de manejo, garantizan el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contratos o actividades garantizadas durante la vigencia de las pólizas.

Por tanto, las aseguradoras, sólo pueden ser llamadas al proceso fiscal que adelante la Contraloría en virtud del citado contrato, por la mencionada garantía y respecto de los presuntos incumplimientos que se presentaran en la vigencia de la misma.

Ahora bien, en los autos de imputación o fallos de instancia se debe precisar que el garantizado haya dejado de cumplir las obligaciones que asumió durante la vigencia de la póliza y como consecuencia de tal actuar hubiese generado algún tipo de perjuicio a la entidad, tanto es así que debe ser vinculado en el proceso como presunto responsable del detrimento patrimonial al estado, para que exista razón de vincular a la

aseguradora como tercero civilmente responsable al tenor de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

No puede olvidarse que la póliza expedida por las aseguradoras, tiene por objeto garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato garantizado, no siendo responsabilidad del garante aquellos daños patrimoniales causados por eventos o situaciones diferentes al incumplimiento de las normas del contrato por parte del tomador del seguro.

Así las cosas, la Contraloría debe dar cumplimiento a las normas propias del contrato de seguro, relacionadas con los elementos que debe cumplir para acceder a la indemnización, ya que en ninguna norma se ha establecido que dicho ente de Control no le son aplicables las citadas reglas. Así mismo, la Constitución ordena expresamente que todas las decisiones y actuaciones de los diferentes organismos y de los particulares deben estar ajustados a las normas legales vigentes, razón por la cual la Contraloría debe acatar las normas del Código de Comercio, y las reglas contenidas en las Condiciones Generales de las pólizas expedidas por las aseguradoras, claro está mientras las mismas no sean contrarias a la Ley.

VI. ANALISIS JURIDICO SOBRE LA VINCULACIÓN DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. REGULACIÓN DE LA VINCULACIÓN DE LA ASEGURADORA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000 establece *“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”.

En tal sentido frente a las demandas de inconstitucionalidad de la norma respecto de las posibles vulneraciones de los derechos de las aseguradoras con tal vinculación la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, estableciendo que; *“Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes”* (subrayas fuera de texto).

En tal sentido y de acuerdo con el planteamiento establecido, la vinculación de la aseguradora busca lograr de una manera efectiva el resarcimiento del patrimonio del Estado el cual ha sido causado por el responsable fiscal, quien en el evento de estar cubierto bajo el manto de

² Sentencia C 648 de 2002

una póliza de seguro, generara que la misma sea vinculada dentro del proceso, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la misma póliza y en la Ley.

2. LÍMITE DE RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EL hecho de que el literal “e” del artículo 101 de ley 1474 de 2011 y el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 exijan que se actualice el daño no quiere ello señalar que su actualización se pueda trasladar a la Compañía Aseguradora ya que no puede el ente de control pretender el pago por parte de la aseguradora, de sumas adicionales como lo son algún tipo de actualización del valor, o la indexación del mismo, y en general un monto adicional a la suma que a lo largo del proceso se ha determinado como presunto daño fiscal, por cuanto la garantía del contrato tiene como único fin el resarcimiento del daño emergente, quedando por fuera de cobertura los demás conceptos que se pueden llegar a derivan en razón a la inobservancia de las normas contractuales por parte del presunto responsable fiscal.

Los conceptos antes mencionados, deben ser cobrados directamente al responsable principal del detrimento fiscal, por cuanto los mismos son de resorte única y exclusivamente de éste, pues como ya se señaló, la garantía del contrato está limitada a los perjuicios directos.

Lo anterior con fundamento en el artículo 1088 del Código de Comercio el cual en concordancia con el objeto de la póliza, señala que la indemnización contenida en el Contrato de Seguro comprenderá únicamente el resarcimiento del daño emergente, y eventualmente el

lucro cesante, sólo si éste último es acordado expresamente, ya sea en la carátula de la póliza o en las Condiciones Generales de la póliza.

Así las cosas, aunque existe obligación a cargo de dicha Contraloría de indexar o actualizar el valor que se ha determinado como daño fiscal, tal decisión no puede afectar a la compañía de seguros, toda vez que dichas sumas no son objeto de cobertura de la póliza, y por ello son responsabilidad única y exclusivamente del autor del daño, quien también está obligado a asumir el monto que se determine como perjuicio o detrimento fiscal, y en ninguna parte de la Ley 610 de 2000 se indica la existencia de solidaridad del Garante frente a dicho rubro.

Como es conocido, el resarcimiento del patrimonio público dentro de un proceso de responsabilidad fiscal se puede lograr en su integridad a través de uno solo de los responsables fiscales, esto en el evento que sean varios, por consiguiente, los que no ostenten la calidad de responsables fiscales no les sería aplicable la solidaridad, es decir, en contra de uno de ellos no se podrá pretender el resarcimiento total del patrimonio público en su integridad.

Tal concepto es claro al establecer que la llamada responsabilidad solidaria se aplica entre los responsables fiscales, es decir, entre quienes realizan la gestión fiscal.

El artículo 44 de la Ley 610 de 2.000, señala:

***“Artículo 44.- Vinculación del garante:** Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentre amparado 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 este, con la indicación del motivo de procedencia de aquella". (Negrilla fuera del texto)

El artículo 1079 del Código de Comercio establece:

"Artículo 1079.- Responsabilidad del asegurado: *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"*

A su vez el artículo 1089 del Código de Comercio establece:

"Artículo 1089.- Cuantía máxima de la indemnización: *Dentro de los límites indicados, en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario".*

De acuerdo con todo lo antes mencionado, no es posible pretender dar aplicación a la solidaridad frente a un tercero civilmente responsable, más aún cuando se trata de una compañía aseguradora, pues *el límite máximo asegurado se encuentra determinado en la carátula de la póliza, así como el compromiso de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de una determinada persona natural o jurídica.*

Así las cosas, al ser vinculada la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal en condición de garante o de tercero civilmente responsable, en virtud de la expedición de una póliza la cual garantiza en forma exclusiva un contrato o las actividades desplegadas por un funcionario público, en tal sentido solo responderá por la parte *proporcional* a su garantizado, la cual se encuentra delimitada como ya se expuso.

VII. CONCLUSIONES

- La Contraloría General de la República, está facultada para vincular dentro de los procesos de responsabilidad fiscal a las aseguradoras en su calidad de terceros civilmente responsables, cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza.
- La compañía aseguradora, con el fin de garantizar su derecho de defensa, contradicción y debido proceso, tendrá los mismos derechos que el principal garantizado durante el proceso de responsabilidad fiscal.
- Los procesos de responsabilidad fiscal, son autónomos e independientes, pero el detrimento patrimonial al estado no implica el desconocimiento de las normas que regulan el contrato de seguro, ya que las normas en materia administrativa o “estatal” no tienen el carácter de imperativas en general y por lo tanto no son superiores a la ley comercial, ya que regulan aspectos sustancialmente diferentes, no se debe perder de vista que el contrato de seguros se rige bajo estos postulados.
- La vinculación de la aseguradora está delimitada de acuerdo al máximo grado de responsabilidad establecido en la póliza y para ser vinculada fajo un proceso fiscal debe existir un nexo causal entre el presunto gestor fiscal y la póliza que se pretende vincular al proceso.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Responsabilidad Fiscal & Procesos Fiscales. Bogotá, Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Segunda Edición, 2013.
- LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Bogotá, Dupré Editores, Quinta Edición, 2010.
- OSSA, Efrén. Teoría General del Seguro, el Contrato. Bogotá, Editorial. Temis. 1984.