



AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CURSOS VIRTUALES DE ACTUALIZACIÓN

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA RELATIVA
A LA VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS
EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL



ESTRUCTURA GENERAL
<p>Introducción</p> <p>Para adentrar a realizar el análisis jurídico de la problemática relativa a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal debemos realizar un estudio generalizado del control fiscal.</p> <p>El control fiscal es una función pública mediante la cual se vigila el manejo que la Administración y los particulares dan a los bienes y recursos públicos con la finalidad de que los fondos de la Nación se manejen apropiadamente bajo la observancia de los principios legales y constitucionales entre los cuales caben destacar la legalidad, eficacia, eficiencia, transparencia y equidad.</p> <p>Por ende, es menester conocer la forma en que se ejerce este tipo de control a la Gestión Pública por parte de la Auditoría General de la República y demás órganos de control así como los mecanismos con los cuales cuenta la ciudadanía para participar, controlar y vigilar la gestión de la Administración.</p> <p>Así mismo en lo que nos compete debemos entraremos a estudiar todos los temas que conllevan a la gestión fiscal, el control fiscal, la responsabilidad fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal y por último en lo que atañe a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal como terceros civilmente responsables y en salvaguardia del patrimonio público.</p>
<p>Justificación</p> <p>El curso busca como aspectos principales, que el personal de las contralorías en su labor tenga en cuenta la importancia de cumplir los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del estado y la necesidad de vincular a las Compañías Aseguradoras en los casos posibles, en aras de salvaguardar el patrimonio público.</p> <p>Para ello se busca propiciar un marco teórico práctico sobre el control fiscal y la importancia de la vinculación de las compañías aseguradoras como terceros civilmente responsables cuando el presunto responsable o el bien se encuentren amparados bajo una póliza.</p>
<p>Objetivo general</p> <p>Orientar al personal para que en todas sus actuaciones tengan en cuenta la importancia que tiene la constitución la ley y la jurisprudencia así como la necesidad de emprender una búsqueda más rigurosa obteniendo mayores conocimientos sobre cuando hablamos de salvaguardar el patrimonio público en todo aquello lo relacionado con control fiscal, una gestión fiscal en estricto sentido como lo consagra el artículo tercero de la ley 610 de 2000.</p>

Objetivos específicos

1. Analizar la importancia jurídica ya como obligación constitucional y ya como obligación legal por parte de los servidores públicos que ejercen el proceso de responsabilidad fiscal quienes deberán vincular a la compañía aseguradora en aquellas hipótesis en que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objetivo del proceso, se encuentra amparados por una póliza de seguro, en calidad de tercero civilmente responsable en aras de salvaguardar el patrimonio público, quienes tendrán los mismos derechos y facultades del principal implicado.
2. Entender la necesidad de que la vinculación salvaguardar el patrimonio público cuando se encuentre una garantía o póliza a favor de una entidad pública para con ella dar cabal cumplimiento a los objetivos constitucionales previstos para las finanzas del estado, valga la pena resaltar el artículo 267 de la carta política define que el control fiscal es una función pública que llevara a cabo la contraloría general de la Republica, y recae, sobre los servidores públicos y particulares que manejen bienes o recursos públicos.

Perfil del participante

El presente curso está dirigido a los funcionarios que prestan sus servicios en las contralorías y que tengan interés en actualizar sus saberes sobre el control fiscal y el control social a la gestión pública.

Beneficios

➤ LABORAL

El participante de este curso podrá optar a desempeñar cargos de control y supervisión de la gestión pública en relación a las aseguradoras del estado.

➤ PROFESIONAL

El participante del curso, al terminar su actualización lograra desempeñarse en actividades de fiscalización, control y supervisión de procesos donde se busca la responsabilidad de empleados públicos o los particulares que manejan recursos del Estado y vincular a las compañías aseguradoras como terceros civilmente responsable cuando el objeto de controversia se encuentre amparado bajo una póliza en salvaguarda del patrimonio público.

Competencias y resultados de aprendizaje

Al terminar su capacitación en el presente curso, el participante lograra realizar una orientación hacia la búsqueda rigurosa al momento de salvaguardar el patrimonio público en las situaciones que se relacionen con el control fiscal tal como se consagra en el artículo tercero de la ley 610 del año 2000, así mismo, podrá analizar la importancia jurídica como obligación legal y constitucional en los servidores públicos quienes tengan una responsabilidad fiscal quienes deberán vincular a la compañía aseguradora en aquellas hipótesis en que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objetivo del proceso, se encuentra amparados por una póliza de seguro, en calidad de tercero civilmente responsable en aras de salvaguardar el patrimonio público, quienes tendrán los mismos derechos y facultades del principal implicado. Cada participante entenderá además la necesidad de vinculación de las empresas aseguradoras para salvaguardar el patrimonio público cuando se encuentre una garantía o póliza a favor de una entidad pública y así dar cumplimiento a los objetivos constitucionales previstos para las finanzas del estado.

Criterios de evaluación del curso

El presente curso será evaluado mediante evaluaciones semanales presentadas en cuestionarios de opción múltiple, verdadero/falso, y para ser aprobado requerirá cumplir satisfactoriamente por lo menos con el 50% del contenido programático.

Cronograma de actividades

PERIODO	FECHAS	TEMAS
SEMANA I	(día) de (mes) del 2.015 – (día) de (mes) del 2.015	1. LA GESTIÓN FISCAL 2. EL CONTROL FISCAL 3. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 4. CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL
SEMANA II	(día) de (mes) del 2.015 – (día) de (mes) del 2.015	1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. 2. LA DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y FISCAL 3. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

SEMANA III	(día) de (mes) del 2.015 – (día) de (mes) del 2.015	1. EL CONTRATO DE SEGURO 2. TIPOS DE POLIZAS QUE DEBEN ADQUIRIR LAS ENTIDADES ESTATALES
SEMANA IV	(día) de (mes) del 2.015 – (día) de (mes) del 2.015	1. LA RELACION ASEGURATIVA Y EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 2. CONDICIONES PARA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL RESPECTO DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS

Cuestionario de conocimientos previos

1. El control fiscal es
 - a) Función pública que puede ser llevada a cabo por un ente público o privado asignado por la contraloría general de la republica
 - b) **Función pública que llevará a cabo la Contraloría General de la República, y recae sobre los servidores públicos y particulares que manejen bienes o recursos públicos**
 - c) Es la función pública ejercida por el ente asignado sobre los recursos públicos o privados
 - d) Ninguna de las anteriores
 - e) Todas las anteriores

2. Son elementos de la responsabilidad fiscal:
 - a) Una conducta dolosa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
 - b) Una conducta culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
 - c) Un daño patrimonial al Estado
 - d) Un nexo causal entre la conducta y el daño
 - e) **Todas las anteriores**

3. Son los principios básicos del control fiscal
 - a) Posterior
 - b) Selectivo
 - c) Previo
 - d) Validado

- e) A y b son correctas**
- f) Ninguna de las anteriores
4. La definición de proceso de responsabilidad fiscal es
- a) Conjunto de actividades administrativas realizadas únicamente por la contraloría general de la república
 - b) Conjunto de actividades administrativas realizadas por los organismos de control fiscal, quienes establecen la responsabilidad solo de los servidores públicos
 - c) Conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado**
 - d) Conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la contraloría general de la república solo cuando hay incumplimiento de la gestión fiscal por parte de un servidor público
 - e) Ninguna de las anteriores
5. Constituye una actividad de la gestión Pública.
- a) La ejecución de los presupuestos en los niveles nacional, departamental, municipal o distrital
 - b) La disposición de bienes mueble o inmuebles sin importar su naturaleza de fiscales o bienes de uso público
 - c) La explotación de la propiedad intelectual y de los derechos inmateriales de los organismos públicos
 - d) Las tarifas que se recaudan por los servicios públicos por agentes estatales
 - e) Todas las anteriores**
6. Cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público ha incurrido en:
- a) Dolo
 - b) Culpa leve
 - c) Culpa grave
 - d) Culpa gravísima
 - e) Ninguna de las anteriores

7. El proceso de responsabilidad fiscal puede iniciar:
- a) De oficio por las contralorías departamentales
 - b) De oficio por la Contraloría General de la República,
 - c) Por solicitud de las entidades públicas,
 - d) Por denuncias presentadas por cualquier persona u organización ciudadana
 - e) Todas las anteriores**
8. Etapa del proceso de responsabilidad fiscal que tiene por objeto la ocurrencia de la conducta y la identificación de los que presuntamente causaron el daño.
- a) Indagación preliminar**
 - b) Apertura del Proceso
 - c) Formulación de los cargos
 - d) Etapa probatoria
9. Contra el auto que ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal procede
- a) Recurso de reposición
 - b) Recurso de apelación
 - c) No procede recurso**
10. El término para llevar a cabo la indagación preliminar es de
- a) 6 meses a partir de la ocurrencia de la conducta
 - b) 6 meses a partir del conocimiento del hecho de oficio, por denuncia o solicitud**
 - c) 6 meses a partir de la notificación de la apertura del proceso
11. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no deberá contener:
- a) La identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales;
 - b) Una apreciación respecto de la determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de su cuantía
 - c) La indicación y valoración de las pruebas practicadas.**
 - d) El decreto de las medidas cautelares que se consideren adecuadas y necesarias de cara a precaver la desaparición de la garantía de pago de la declaratoria de responsabilidad;
12. El término que tienen los presuntos responsables fiscales para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto de imputación es de
- a) 10 días contados a partir del día siguiente de la notificación del auto de apertura

b) **10 días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto**

- c) 15 días contados a partir del día siguiente de la notificación del auto de apertura
d) 15 días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto

13. Son características del contrato de seguro:

a) **Consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.**

- b) Consensual, unilateral, aleatorio y de tracto sucesiva.
c) Consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución instantánea
d) Consensual, bilateral, gratuito, aleatorio y de ejecución sucesiva.

14. Son elementos del seguro

- a) el interés asegurable
b) la prima o precio del seguro
c) el riesgo asegurable
d) la obligación condicional del asegurador
e) **todas las anteriores**

15. No forma parte de la definición de lesión por haber sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional:

- a) Prejuicio
b) Detrimento
c) **Uso indebido**
d) Menoscabo
e) Ninguna de las anteriores

16. Según el código de comercio son partes en el contrato de seguro:

- a) El tomador y El asegurador
b) El beneficiario y El tomador
c) El tomador y La compañía aseguradora
d) **El tomador, El beneficiario y La compañía aseguradora**

17. El término de prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato seguro es

- a) De 1 año contado a partir del momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho en que haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.
b) **De 2 años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho en que haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.**

c) De 3 años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho en que haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.

18. La acción fiscal caducará

a) Si transcurridos dos años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

b) Si transcurridos cinco años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

c) Si contados dos años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.

d) Si contados cinco años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.

19. La acción fiscal prescribirá

a) Si transcurridos dos años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

b) Si transcurridos cinco años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

c) Si contados dos años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.

d) Si contados cinco años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.

20. Acción fiscal es:

a) La que tienen los contratistas del estado para ejecutar los dineros del estado.

b) La potestad que tiene el estado para determinar la responsabilidad fiscal.

c) La que tienen los servidores públicos para retornar los dineros que han sustraído del estado.

Glosario de termino

ACTO ADMINISTRATIVO, Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.

AMONESTACIÓN medidas correccionales en el proceso fiscal, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público.

ASEGURADO persona natural o jurídica, titular de un interés jurídico, que con ocasión de un siniestro podría verse afectada por un perjuicio patrimonial

ASEGURADOR, persona que asume el traslado jurídico de los riesgos

BENEFICIARIO, persona que estará legitimada para recibir de la compañía aseguradora la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro. Es la persona a quien le corresponde el derecho a recibir la indemnización derivada del contrato de seguro.

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, se encarga del establecimiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, la imposición de las sanciones pecuniarias del caso, el recaudo de los valores correspondiente y el ejercicio de la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

CONTRATO DE SEGURO permite minimizar las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del ejercicio de sus labores o de las circunstancias del entorno, y en la medida en que existen esos mecanismos de garantía, las autoridades de control – particularmente en este caso las contralorías-departamentales o la General de la República-, podrán exigir el restablecimiento patrimonial respecto de las compañías aseguradoras, precisamente por la trascendencia que posee esa universalidad pública como es el patrimonio de las diferentes instituciones públicas y por la existencia de un negocio jurídico asegurativo.

CONTROL DE GESTIÓN: Es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

CONTROL DE RESULTADOS: Es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

CONTROL FINANCIERO: Es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

CONTROL FISCAL: Vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, a cargo de la Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales. Además la Auditoría General de la República le ejerce el control fiscal a todas las contralorías del país.

CULPA GRAVE se presenta cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento

jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público.

DAÑO consiste en detrimento ó pérdida que afecta a un sujeto de derecho, respecto de su vida y/o su patrimonio.

DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, 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 contralorías.

ESTADO es "un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él". Mortati. Es la sociedad política y jurídicamente organizada capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares del exterior.

FUNCIÓN PÚBLICA se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

GESTION FISCAL: 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.

INDAGACIÓN PRELIMINAR Etapa opcional que se adelanta dentro del procedimiento ordinario, cuya finalidad es establecer la procedencia de la investigación disciplinaria, verificando la ocurrencia de la conducta, determinando si es constitutiva de falta disciplinaria; o identificando e individualizando al autor de la misma.

INDEMNIZACIÓN Compensación que recibe una persona por un daño o perjuicio que ha recibido ella misma o sus propiedades.

INFRASEGURO ocurre cuando el aseguramiento de un viene se realiza por debajo de su verdadero valor, y por ende, la prima cancelada fue inferior al riesgo asumido. Para Rubén Stiglitz, "El infraseguro implica que el contrato ha sido celebrado por una suma inferior al valor real y actual del objeto sobre el que se asienta el interés asegurado

INTERÉS ASEGURABLE es la relación económica que puede verse afectada por la realización de uno o varios riesgos. Al tenor del artículo 1083, en los seguros de daños, tendrá interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo.

INTERESES PATRIMONIALES DEL ESTADO se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública.

MULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL pretende resarcir el daño causado al erario público.

MULTA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable.

PATRIMONIO PÚBLICO, es el conjunto de bienes, de recursos públicos e intereses patrimoniales del Estado, que se encuentran en cabeza y bajo la titularidad de las diversas entidades estatales, constituye un derecho colectivo de la Nación, además de tratarse del medio idóneo para cumplir con las tareas para la satisfacción del interés de la comunidad.

PÓLIZA AUTOMÁTICA: Se utiliza fundamentalmente en el ramo de transporte y otorga un amparo respecto de todos los envíos llevados a cabo durante un lapso de tiempo. En estos casos, el asegurador no necesariamente habrá sido notificado de un embarque. La estimación del valor de la prima dependerá de los trayectos efectivamente realizados y el valor de los mismos, más los fletes, gastos y bodegaje.

PÓLIZA DE SEGUROS, no solamente es importante para determinar todas las condiciones de aseguramiento convenidas entre tomador y la compañía aseguradora, sino también constituye una pieza clave en el cobro de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro.

PÓLIZA ESPECÍFICA: Es aquella en donde los bienes o patrimonio asegurados están determinados con suma precisión desde la celebración del contrato.

PÓLIZA FLOTANTE: En la póliza se conviene el aseguramiento de determinados bienes, pero por razón del tipo de industria o comercio, o en el transporte de mercancías, los bienes referidos circulan permanentemente. En este caso, los bienes inicialmente asegurados, luego no están, pues son reemplazados por otros. Para evitar que esta circunstancia afecte el contrato, se establece por las partes que se considerarán asegurados los bienes de semejantes características que se encuentren en los lugares asegurados. El valor de la prima se determina sobre los valores de los bienes que efectivamente se encuentren dentro del establecimiento asegurado.

PÓLIZAS A LA ORDEN: aquellas pólizas en donde la cesión del contrato producirá efectos respecto del asegurador, apenas con el simple endoso.

PÓLIZAS NOMINATIVAS: Aquellas pólizas en donde la cesión del contrato solamente producirá efectos si el asegurador la aceptó previamente.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL Es una institución por la cual se le pone fin a la acción o cesa la responsabilidad, por el transcurso del tiempo sin investigar el hecho. La responsabilidad fiscal prescribe en cinco años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

PRIMA es el precio en el contrato de seguro, es decir la contraprestación económica frente a la asunción del riesgo por la compañía aseguradora. La determinación de la prima en el contrato de seguro responde a una serie de cálculos actuariales, de determinación de costos comerciales y administrativos, por parte de la compañía, que responden a una serie de factores endógenos de los riesgos propiamente dichos, y otros componentes ajenos a ellos, pero que para efectos de la operación, importa tener en cuenta.

PRINCIPIO DE CELERIDAD, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

PRINCIPIO DE ECONOMÍA, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

PRINCIPIO DE EFICACIA, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

PRINCIPIO DE IGUALDAD, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

PRINCIPIO DE MORALIDAD, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este

Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

PRINCIPIO INDEMNIZATORIO, que pretende colocar al asegurado y/o beneficiario en las mismas condiciones en que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro. Es decir que el contrato de seguro no puede constituirse en una fuente de enriquecimiento para el asegurado y/o beneficiario, y para garantizar esta máxima, se construyeron las figuras del infraseguro y del supraseguro

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 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 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."

PROCESO Es un instrumento concebido por el orden legal, destinado a alcanzar la realización concreta de la justicia en la resolución de las controversias –fundadas en unas pretensiones y en su correlativa oposición- planteadas ante el órgano jurisdiccional o arbitral, compuesto por una serie de actuaciones sucesivas de los sujetos que allí intervienen y que deben surtirse en orden lógico, en el marco del ordenamiento legal, y que culminará con una determinada resolución jurisdiccional.

PUEBLO, constituido por todas las personas que se encuentran en ese territorio y que por ello están bajo la influencia de lo determinado por el ordenamiento jurídico.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD, vínculo existente, que se constituye en el origen directo e inmediato entre la actividad culposa o dolosa del servidor público o particular y la causación del daño, y que debe encontrarse presente para entender configurada la responsabilidad fiscal.

RESPONSABILIDAD FISCAL se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido este como una gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes”.

RIESGO es “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario”, con el aditamento que, según el artículo 1127 del estatuto mercantil, se permite el amparo del riesgo denominado “culpa grave”. Al aceptar la culpa grave, se admite que el riesgo puede depender de la conducta del tomador o del asegurado, en determinados casos, particularmente en los seguros de responsabilidad civil.

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.

SEGURO operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística

SEGUROS DE DAÑOS brindan una protección contra los perjuicios patrimoniales, bien sea respecto de cosas o bienes específicos propiamente dichos, sea respecto de la masa patrimonial en su conjunto.

SEGUROS PATRIMONIALES están dirigidos a la protección de la integridad del patrimonio de una persona, que puede expresarse sea respecto de una disminución del activo o de un aumento del pasivo

SERVIDORES PÚBLICOS son las personas que prestan sus servicios al Estado a la administración pública. Según el artículo 123 de la Constitución de 1991, "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

SOBERANÍA, entendida como la característica del poder estatal que implica que dicho poder sea supremo en el orden interno e independiente en el orden externo. El derecho, como instrumento de la soberanía, regula y relaciona estos tres elementos.

SUPRASEGURO es decir el aseguramiento de un bien por un valor superior también se censura por parte del derecho de los seguros, precisamente porque lo que se busca con esta institución es el mantenimiento de las circunstancias del asegurado, es decir que éste no sufra con los efectos negativos de los siniestros.

TERRITORIO lugar en el cual el Estado ejerce su soberanía y está constituido no sólo por el suelo sino por el subsuelo, las áreas marinas y submarinas y el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el segmento correspondiente de la órbita geostacionaria.

TOMADOR persona que, por cuenta propia o ajena, traslada jurídicamente los riesgos

VIGILANCIA FISCAL es la actividad ejercida por los órganos de supervisión del Estado respecto de la gestión fiscal adelantada por los servidores públicos o los particulares que manejan recursos públicos, con la finalidad de determinar si se están cumpliendo los propósitos de interés general, las disposiciones legales sobre su manejo y las condiciones administrativas necesarias para el adecuado y eficiente manejo de los recursos públicos.

Bibliografía

- http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/concepto_estado.html
- <http://www.derechoconstitucional.es/2011/11/concepto-juridico-de-estado.html>
- <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/12/estado.html>
- <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli92.htm>
- <http://www.monografias.com/trabajos90/planificacion-y-control-financiero/planificacion-y-control-financiero.shtml>
- <http://www.contraloriavalledelcauca.gov.co/publicaciones.php?id=31714>
- <http://www.econ.upf.edu/~ortun/publicacions/RAE95.pdf>
- <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/Supervision/lang--es/index.htm>
- <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6964/manual3.pdf>
- <http://www.gestion.org/estrategia-empresarial/4594/que-es-el-control-de-gestion/>
- <http://www.sgc.gov.co/Nosotros/Entes-de-Control.aspx>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>
- <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>
- <http://www.scielo.org.co/pdf/eq/v19n89/v19n89a01.pdf>
- <https://c-politica.uniandes.edu.co/oc/index.php?ac=oc&main=5&id=1&dat=24>
- <http://www.cgm.gov.co/infcor/nopoli/Jurisprudencia/Sc-1852A-09.pdf>
- <http://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/Novitas94/FileNovitas94/concepto80112ee15354.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>
- http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/Adminitrativo/Sentencia-C-619-02.pdf
- https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=0CEoQFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.procuraduria.gov.co%2Frelatoria%2Fmedia%2Ffile%2Fdependencia%2FConsejoEstado%2F5_deleg

- [ada%2F2012%2F9.doc&ei=BCV2VNLUI4SmgwSXgYPoBw&usg=AFQjCNGVhemA0q3SXVO41xgTV62eVeEN3g&bvm=bv.80642063,d.eXY](#)
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-382-08.pdf/172c1142-e2dc-4d55-a491-b0ca7eab0787>
 - <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-077-07.pdf/915a8c54-731d-4ddf-8910-59fba77f43db>
 - <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-648-02.pdf/407c8cf1-b8ee-4d08-b255-739865e5abf2>
 - <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-840-01.pdf/c24297fa-3da3-455a-8e4b-25487fe0a8bd>
 - <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/SU.620-96.pdf/f25fb84f-8d79-4e73-9881-ba9a67429a41>
 - <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisiur/normas/Norma1.jsp?i=44429>
 - https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjABOAO&url=http%3A%2F%2Fwww.nuevalegislacion.com%2Ffiles%2Fsusc%2Fcdj%2Fdoct%2Fce_1716_06.doc&ei=8SV2VLiuMlqNntWHguAD&usg=AFQjCNGhE80gBEfCR9rIDTTICtvrctKeA&bvm=bv.80642063,d.eXY
 - <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisiur/normas/Norma1.jsp?i=5754>
 - http://www.acoldeseaida.org/descargas/ponencia_carlos_ariel_sanchez.pdf
 - http://colombiaaldia.co/estados/boletines/boletin_2_2011/documentos/19940033201.pdf
 - http://www.umng.edu.co/documents/63968/72401/articulo2_pdf.pdf
 - <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisiur/normas/Norma1.jsp?i=225>
 - https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDEQFjAD&url=http%3A%2F%2F190.24.134.67%2Fsentencias%2FACCION%2520POPULAR%2F2010%2F05001-23-31-000-2006-04776-01%2528AP%2529.doc&ei=Nyh2VK2OMoOfNpizAw&usg=AFQjCNEsyyEvx3TN-Ue69MG3qWgn5_pvw
 - <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/portal/sites/default/files/6.%20Patrimonio%20como%20politica%20publica.pdf>
 - <http://www.gerencia.com/caracteristicas-del-contrato-de-seguro.html>

- <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis42.pdf>
- http://vlexmarketing.s3.amazonaws.com/centro_ayuda/El_Contrato_de_Seguro.pdf
- <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CFAQFjAH&url=https%3A%2F%2Fwww.superfinanciera.gov.co%2FSFCant%2FNormativa%2Fdoctrinas1994-8%2F1997009656.doc&ei=yh2VKWPNYKpgwTOv4TQBQ&usq=AFQjCNG6FyzZ4oEvr - 1HZYNhtq2P0joCA>
- <http://www.acegroup.com/co-es/assets/abc-del-seguro-spanish.pdf>
- <http://www.seguros-seguros.com/contrato-de-seguros.html>
- <http://segurodecocheymas.wordpress.com/2007/07/07/el-infraseguro-y-otros-conceptos-basicos-del-seguro/>
- <http://www.anudaseguros.es/el-infraseguro-el-sobreseguro-y-la-regla-proporcional/>
- <http://dtoriob.wordpress.com/2010/11/07/infraseguro-%C2%BFquien-pierde-mas/>
- <http://seguros.elcorteingles.es/el-seguro/interes-asegurable-infraseguro-y-sobreseguro.aspx>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776#163>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-735-03.htm>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>
- <http://www.contraloriagen.gov.co/web/sinor/conceptos-anteriores-a-abril-de-2014>

- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0389_1997.html
- http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/comercial/Corte-Suprema-3-de-Mayo.pdf
- <http://www.manuelsanchezabogados.com/documents/29206%5B1%5D.pdf>

Introducción semana I

Para comprender cabalmente el tema de la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal es preciso partir de sólidas bases que faciliten el entendimiento de esta temática de gran importancia para los servidores públicos.

Por esta razón el propósito del módulo a desarrollar en el transcurso de la primera semana de aprendizaje del curso es brindar nociones claras y precisas sobre la gestión fiscal el control fiscal, la vigilancia fiscal, los principios básicos del control, las atribuciones del contralor general de la República, la definición del proceso de responsabilidad fiscal y sus principales características.

Objetivos semana I

1. Recordar conceptos básicos de la gestión fiscal.
2. Comprender que es la vigilancia fiscal y cuáles son los principios que lo rigen.
3. Servir de base introductorio del proceso de responsabilidad fiscal señalando algunas acepciones y mencionado las características que identifican este proceso.

Temática semana 1

I. LA GESTION FISCAL

La gestión fiscal hace referencia a la utilización y manejo de los recursos públicos, sean bienes del Estado –de cualquier naturaleza-, o de medios monetarios o crediticios, por servidores públicos o particulares. Ya la Corete Suprema de Justicia en 1977 había manifestado que la gestión fiscal consistía en afectar el patrimonio público, o lo que era lo mismo, en actuaciones relacionadas con los recursos públicos.

La Constitución de 1991 recogió el mismo concepto de su homóloga de 1886, en el sentido que el control fiscal se ejercería sobre la gestión fiscal. En sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, la Corte Constitucional dijo que la gestión fiscal no podía reducirse a perfiles económico-formalistas, pues según la Constitución, los servidores públicos y los particulares deben obrar, cada uno desde sus propios campos de acción, no sólo en la salvaguarda del patrimonio público sino “cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados”. Y más adelante, el máximo juez constitucional expresó que la gestión fiscal abogaba por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal en donde debe privilegiarse el interés general sobre el interés particular.

Por su parte, el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, dispuso que “se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

Para el Dr. Iván Darío Gómez Lee, la gestión pública comprende las siguientes actividades: “La ejecución de los presupuestos en los niveles nacional, departamental, municipal o distrital; la disposición de bienes muebles o inmuebles, respecto de estos últimos sin importar su naturaleza de fiscales o de bienes de uso público; la explotación de la propiedad intelectual y de los derechos inmateriales de los organismos públicos; las tarifas que se recaudan por los servicios públicos por agentes estatales; el recaudo o administración de recursos parafiscales; las donaciones que países u organizaciones extranjeras realizan en virtud de la cooperación con entidades públicas colombianas para apoyarlas en el cumplimiento de sus fines....”¹.

Siendo tan importante la gestión fiscal, en tanto se encuentra intrínsecamente referida con el patrimonio público, resulta indispensable que exista una actividad pública de supervisión sobre ella, como es aquella asignada a la Contraloría General de la República.

La Corte Constitucional ha determinado la razón de ser y la extensión de la vigilancia de la gestión fiscal, cuando señaló que ella se destina a “...establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes,

¹ Iván Darío Gómez Lee, Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pag 77

programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”².

II. LA VIGILANCIA O EL CONTROL FISCAL

La vigilancia fiscal es la actividad ejercida por los órganos de supervisión del Estado respecto de la gestión fiscal adelantada por los servidores públicos o los particulares que manejan recursos públicos, con la finalidad de determinar si se están cumpliendo los propósitos de interés general, las disposiciones legales sobre su manejo y las condiciones administrativas necesarias para el adecuado y eficiente manejo de los recursos públicos. Como lo dijo la Corte, que el control fiscal es el instrumento que garantiza "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado".³

El artículo 267 de la Carta Política define que el control fiscal es una función pública que llevará a cabo la Contraloría General de la República, y recae sobre los servidores públicos y particulares que manejen bienes o recursos públicos.

Esta misma norma indica los principios básicos del control, es decir, que debe ser posterior y selectiva. Ahora bien, en la actualidad, y desde hace cerca de veinte años, el control fiscal se verifica bajo una modalidad posterior, es decir que las autoridades de control fiscal examinan las operaciones y actividades una vez ya fueron éstas realizadas; no hay ninguna verificación previa, ni permiso, ni validación, ni autorización inicial. Esta forma de control posterior superó a la previa, precisamente por todas las dificultades que significó, precisamente porque se entendía como una co-administración, además de todos las imputaciones de corrupción que se le endilgaron en su momento a los funcionarios de las contralorías.

Sin que sea contradictorio frente al mandato de la selectividad, la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de forma integral, es decir que incluye la totalidad de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, relativas a la adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes y recursos públicos, el recaudo, manejo y la inversión de sus rentas, que deben dirigirse al cumplimiento de los cometidos del Estado, definidos en la Constitución Política y las leyes.

El control fiscal incluye los controles financiero, de gestión y de resultados, y debe basarse en la eficiencia, economía, equidad, y en la valoración de los costos ambientales, según lo ordena imperativamente el citado artículo 267.

III. LA RESPONSABILIDAD FISCAL

El artículo 268, numeral quinto de la Constitución Política definió como atribución del Contralor General de la República, el establecimiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, la imposición de las sanciones pecuniarias del caso, el recaudo de

² Corte Constitucional, sentencia C-499/98 del 15 de septiembre de 1998

³ Ibidem

los valores correspondiente y el ejercicio de la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

Estas mismas atribuciones se le asignaron a las contralorías territoriales, de acuerdo con el artículo 272 de la Constitución Política.

1. Concepto

La Ley 610 de 200 definió el proceso de responsabilidad fiscal 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 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 el informe ponencia para primer debate al proyecto de ley en la Comisión Quinta del Senado se insistió en la necesidad de otorgar un procedimiento autónomo a la responsabilidad fiscal. En esa oportunidad se dijo que "Tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo en forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su determinación. Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993, existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios e independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico"⁴

Así mismo, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se señaló lo siguiente: "No cabe duda, pues, de la conveniencia y oportunidad de esta reforma a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, cuyos aspectos centrales son: - Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene carácter sancionatorio, y en tal virtud (...) la decisión con que concluya el proceso es susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la primera fuente normativa a aplicar en lo no regulado es, por consiguiente, el Código Contencioso Administrativo"⁵

Más adelante, el artículo 4° contempló que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, resarcimiento que se obtiene mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense ese perjuicio. El perjuicio causado al patrimonio público que se pretende resarcir debe provenir de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan la gestión fiscal. También se dijo que La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

En la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: "Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993).

⁴ Gaceta del Congreso No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9.

⁵ Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8.

En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”.

Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero se señaló que “Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa”⁶

Para la Corte, “la responsabilidad fiscal viene a constituir “una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”⁷. En esa medida, igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado-.”⁸

⁶ En el mismo sentido en la sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett se dijo que “Si los procesos de responsabilidad fiscal, son la forma por excelencia a través de la cual, las Contralorías cumplen con su función fiscalizadora de la gestión de los dineros públicos, en nada se opone a la Constitución que la ley permita a la Contraloría General de la República, en los casos en que se ejerza su función de control excepcional, adelantar dichos procesos y llevarlos a su culminación; mucho menos cuando se tiene en cuenta que la posibilidad de declarar la existencia de responsabilidad fiscal, con sus consecuencias, forma parte de la naturaleza de los juicios fiscales; en ese sentido, cualquier tipo de actuación debe respetar los primados del debido proceso, lo cual sólo es posible si se permite la existencia de un procedimiento determinado, que garantice el derecho de defensa y las demás garantías procesales que consagra la Constitución”. Así mismo, en la sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo que “la definición de naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal significa que el fallo correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso de lo administrativo”.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-620/96, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-619 de 2002, Ms. Ps. Drs. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil

La reparación debe ser integral, es decir, debe cubrir todos los daños causados, sean éstos, de daño emergente o lucro cesante. Esta reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda.

2. Características de la responsabilidad fiscal

La Corte Constitucional, en sentencia SU-620 de 1996 refirió las principales características que identifican el proceso de responsabilidad fiscal:

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

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

“Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

“Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.).

c) Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal.

Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94⁹”.

⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

d) A lo anterior se agregó en dicho fallo que la responsabilidad fiscal “es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa”.

En sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, ya citada, se expresaron algunas otras características de la responsabilidad fiscal: ES una responsabilidad administrativa porque recae sobre la gestión y el manejo de los bienes públicos; es de naturaleza subjetiva porque pretende clarificar si el demandado actuó con dolo o con culpa; es de naturaleza patrimonial y no sancionatoria, pues su declaratoria pretende el resarcimiento del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, pues se puede deducir sin perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad, y en su trámite debe garantizarse el debido proceso.

Cuestionario semana I

- 1) La gestión fiscal hace referencia a:
 - a) **Utilización y manejo de los recursos públicos, sean bienes del Estado o de medios monetarios o crediticios, por servidores públicos o particulares.**
 - b) Uso de los recursos únicamente públicos
 - c) Afección del patrimonio público, o lo que es lo mismo, en actuaciones relacionadas con los recursos públicos
 - d) Vigilancia de la actuación de los servidores públicos con o sin responsabilidad sobre el patrimonio nacional
 - e) Ninguna de las anteriores

- 2) El artículo 3° de la Ley 610 de 2000, dispuso que “se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”
 - a) **Verdadero**
 - b) Falso

- 3) La definición de control fiscal correspondiente de acuerdo a la constitución es

- a) Función pública que puede ser llevada a cabo por un ente privado asignado para tal fin
 - b) Función pública que puede ser llevada a cabo por un ente público o privado asignado por la contraloría general de la republica
 - c) Función pública que llevará a cabo la Contraloría General de la República, y recae sobre los servidores públicos y particulares que manejen bienes o recursos públicos**
 - d) Es la función pública ejercida por el ente asignado sobre los recursos públicos o privados
 - e) Ninguna de las anteriores
 - f) Todas las anteriores
- 4) Son los principios básicos del control
- a) Posterior
 - b) Selectivo
 - c) Previo
 - d) Validado
 - e) A y b son correctas**
 - f) Ninguna de las anteriores
- 5) Es un organismo de control fiscal
- a) Contraloría general de la republica**
 - b) Defensoría del pueblo
 - c) Ministerio de hacienda
 - d) Procuraduría general de la nación
 - e) Todos los anteriores
 - f) Ninguno de los anteriores
- 6) Conteste con respecto al siguiente enunciado: “El artículo 268, numeral quinto de la Constitución Política definió como atribución del Contralor General de la República, el establecimiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, la imposición de las sanciones pecuniarias del caso, el recaudo de los valores correspondiente y el ejercicio de la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”
- a) Verdadero**
 - b) Falso
- 7) La definición de proceso de responsabilidad fiscal es
- a) Conjunto de actividades administrativas realizadas únicamente por la contraloría general de la república

- b) Conjunto de actividades administrativas realizadas por los organismos de control fiscal, quienes establecen la responsabilidad solo de los servidores públicos
 - c) 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 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**
 - d) Conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la contraloría general de la republica solo cuando hay incumplimiento de la gestión fiscal por parte de un servidor publico
 - e) Ninguna de las anteriores
 - f) Todas la anteriores
- 8) La reparación debe ser integral, es decir, debe cubrir todos los daños causados, sean éstos, de daño emergente o lucro cesante. Esta reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda
- a) Verdadero**
 - b) Falso
- 9) Son características de la responsabilidad fiscal
- a) Es un proceso de naturaleza administrativa
 - b) A través de dicho proceso se juzga la conducta del servidor público o particular que ejerce funciones públicas.
 - c) Tiene una finalidad meramente resarcitoria
 - d) Todas las anteriores**
- 10) Según la Sentencia C-840 del 09 de Agosto del 2010 el obrar de los Servidores Públicos y de los particulares debe encaminarse únicamente a la Salvaguarda del Patrimonio Público
- a) Verdadero
 - b) Falso**
- 11) Constituye una actividad de la gestión Pública.
- a) La ejecución de los presupuestos en los niveles nacional, departamental, municipal o distrital
 - b) La disposición de bienes mueble o inmuebles sin importar su naturaleza de fiscales o bienes de uso publico

- c) La explotación de la propiedad intelectual y de los derechos inmateriales de los organismos públicos
- d) Las tarifas que se recaudan por los servicios públicos por agentes estatales
- e) Todas las anteriores**
- 12) La actividad Pública de Supervisión de la Gestión Fiscal está asignada a la Auditoría General de la República.
- a) Verdadero
- b) Falso**
- 13) Desde la perspectiva de la Corte Constitucional la gestión Fiscal no se destina a:
- a) Establecer si las diferentes operaciones transacciones y acciones jurídicas relacionadas con el manejo de recursos públicos se cumplieron
- b) Establecer los criterios de transparencia y publicidad aplicables a las entidades que administran recursos públicos**
- c) Establecer los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General.
- d) Establecer los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen las metas y propósitos de la Administración
- e) Ninguna de las anteriores
- 14) El control fiscal es el instrumento que garantiza el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado
- a) Verdadero**
- b) Falso
- 15) Constituyen controles de la gestión fiscal
- a) Control financiero
- b) Control de gestión
- c) Control de resultados
- d) Todas las anteriores**
- 16) Según el artículo 268 de la Constitución son atribuciones del Contralor General.
- a) La imposición de las sanciones pecuniarias que se deriven del mal manejo de la gestión fiscal.
- b) La administración de recursos parafiscales en el nivel Nacional, departamental, municipal o distrital
- c) El establecimiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal

d) La b y c son correctas

e) Todas las anteriores

17) El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías, con el fin de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en ejercicio de la gestión fiscal causen un daño al patrimonio del estado

a) Verdadero

b) Falso

18) El proceso de responsabilidad fiscal es de carácter sancionatorio

a) Verdadero

b) Falso

19) El conocimiento y trámite del proceso de Responsabilidad Fiscal le corresponde a autoridades administrativas como son la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales.

a) Verdadero

b) Falso

20) El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza subjetiva porque pretende clarificar si el demandado actuó con dolo o culpa.

a) Verdadero

b) Falso

Glosario de términos semana I

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, se encarga del establecimiento de la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, la imposición de las sanciones pecuniarias del caso, el recaudo de los valores correspondiente y el ejercicio de la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

CONTROL DE GESTIÓN: Es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

CONTROL DE RESULTADOS: Es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

CONTROL FINANCIERO: Es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

CONTROL FISCAL: Vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, a cargo de la Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales. Además la Auditoría General de la República le ejerce el control fiscal a todas las contralorías del país.

ESTADO es "un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él". Mortati. Es la sociedad política y jurídicamente organizada capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares del exterior.

GESTION FISCAL: 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.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 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 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."

PUEBLO, constituido por todas las personas que se encuentran en ese territorio y que por ello están bajo la influencia de lo determinado por el ordenamiento jurídico.

SERVIDORES PÚBLICOS son las personas que prestan sus servicios al Estado a la administración pública. Según el artículo 123 de la Constitución de 1991, "los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

SOBERANÍA, entendida como la característica del poder estatal que implica que dicho poder sea supremo en el orden interno e independiente en el orden externo. El derecho, como instrumento de la soberanía, regula y relaciona estos tres elementos.

TERRITORIO, lugar en el cual el Estado ejerce su soberanía y está constituido no sólo por el suelo sino por el subsuelo, las áreas marinas y submarinas y el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el segmento correspondiente de la órbita geoestacionaria.

VIGILANCIA FISCAL es la actividad ejercida por los órganos de supervisión del Estado respecto de la gestión fiscal adelantada por los servidores públicos o los particulares que manejan recursos públicos, con la finalidad de determinar si se están cumpliendo los propósitos de interés general, las disposiciones legales sobre su manejo y las condiciones administrativas necesarias para el adecuado y eficiente manejo de los recursos públicos.

Bibliografía semana I

- http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/concepto_estado.html
- <http://www.derechoconstitucional.es/2011/11/concepto-juridico-de-estado.html>
- <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/12/estado.html>
- <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli92.htm>
- <http://www.monografias.com/trabajos90/planificacion-y-control-financiero/planificacion-y-control-financiero.shtml>
- <http://www.contraloriavalledelcauca.gov.co/publicaciones.php?id=31714>
- <http://www.econ.upf.edu/~ortun/publicacions/RAE95.pdf>
- <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/Supervision/lang--es/index.htm>
- <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6964/manual3.pdf>
- <http://www.gestion.org/estrategia-empresarial/4594/que-es-el-control-de-gestion/>
- <http://www.sgc.gov.co/Nosotros/Entes-de-Control.aspx>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=289>
- <http://www.eumed.net/libros-gratis/2008c/465/CONTROL%20FISCAL.htm>
- <http://www.scielo.org.co/pdf/eg/v19n89/v19n89a01.pdf>
- <https://c-politica.uniandes.edu.co/oec/index.php?ac=oc&main=5&id=1&dat=24>

Introducción semana II

Siendo el proceso de responsabilidad fiscal “un 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 ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado Ley 610/2000”.

Es importante conocer los elementos que deben darse para que se genere la responsabilidad, por cuando no basta únicamente con determinar la ocurrencia de un daño patrimonial al estado, ni identificar la actuación dolosa o culposa de una persona que realiza gestión fiscal, sino que es preciso determinar el nexo causal existente entre la conducta y el daño para que al servidor público o particular que administra fondos o recursos de Estado pueda imputársele por causa de su acción u omisión la responsabilidad en el ejercicio de su gestión.

Objetivos semana II

1. Identificar los elementos de la responsabilidad fiscal
2. Comprender la diferencia entre responsabilidad disciplinaria y fiscal
3. Conocer diversas acepciones sobre el proceso en general
4. Distinguir cada una de las etapas que se surten en el proceso de responsabilidad fiscal.

Temática semana II

3. Elementos de la responsabilidad fiscal

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000, estableció que la responsabilidad fiscal estaría integrada por los siguientes elementos: i) Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; ii) Un daño patrimonial al Estado; iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

A) Conducta dolosa o gravemente culposa de persona que realice gestión fiscal
Tres ingredientes deben concurrir para entender configurado este elemento, como son la conducta o la actividad de una persona, su calificación de esa conducta como dolosa o culposa, y la calificación del sujeto que la realizó, como encargado de la gestión fiscal.

Lo primero que hay que decir, derivado de la exigencia legal, es que se encuentra proscrita toda suerte de responsabilidad objetiva. Se requiere que la conducta del sujeto activo sea reprochable, tenga algún grado de culpabilidad, pues la simple acreditación del daño no sirve como marco de reparación.

Mediante la sentencia C-619 de 2002, la Corte Constitucional equiparó la valoración de la conducta antijurídica para efectos del ejercicio de la acción de repetición o de la derivación de responsabilidad fiscal respecto de los agentes estatales y los gestores fiscales, respectivamente, en el dolo y la culpa grave, dando aplicación en los dos casos a la preceptiva del artículo 90 de la Carta

Política. En este fallo se declaró inexecutable la regulación establecida en la Ley 610 de 2000 de establecer la responsabilidad fiscal a partir de la culpa leve, y luego de dicho pronunciamiento ahora solamente se puede derivar cuando el gestor fiscal que ha ocasionado o permitido que se realizara el daño patrimonial hubiere obrado con dolo o con culpa grave. Por tal motivo, la culpa leve no puede ser considerada como una causa de generación de responsabilidad fiscal.

Tal y como lo expresó el Dr. Carlos Ariel Sánchez, en su ponencia “Aspectos Sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia” en un Encuentro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE, “si se considera que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público, no puede haber duda de que un daño producido al erario por una de las siguientes situaciones implica que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave:

- Ejecución de los recursos presupuestales sin una planeación correcta y adecuada o sin realizar los estudios técnicos, económicos, jurídicos o de factibilidad, diseños, planos o proyectos necesarios para su inversión.
- Elaboración de pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, de manera que conduzcan a interpretaciones o decisiones técnicas que afecten la integridad patrimonial de la entidad contratante.
- Celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución cuenta con el respaldo presupuestal necesario para su terminación.
- Omisión del cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de consultoría, interventoría o supervisión, o no 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.
- Incumplimiento de 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.
- 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 aceptación sin justificación objetiva de ofertas que superen los precios del mercado.
- Aceptación de bienes, obras o servicios de calidad inferior a la contratada o a la establecida en normas técnicas y omisión en la realización oportuna de las reclamaciones correspondientes.

- 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.
- Omisión o ligereza en la defensa de los intereses patrimoniales de la entidad pública en actuaciones judiciales, arbitrales o conciliatorias.
- En general, cualquier conducta negligente o imprudente abiertamente contraria a los principios que informan el ejercicio de la función administrativa y la gestión fiscal o a su naturaleza y objeto.

B) Daño antijurídico patrimonial al Estado

El daño consiste en detrimento o pérdida que afecta a un sujeto de derecho, respecto de su vida y/o su patrimonio.

No obstante esta connotación general del término, algunos autores indican que, desde el punto de vista de los efectos que produce, importa calificar ese daño como antijurídico, para deducir de él esa importancia como merecedora de estudio jurídico, en tanto, hay que ver cómo y por qué esa circunstancia debe conducir a una reparación. En este sentido, el profesor Jaime Santos Briz, en su obra *La Responsabilidad Civil*¹⁰, expresó:

“La doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como ‘el menoscabo’ que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. Creemos que, puesto que se consideran en Derecho los daños no en sí mismos, sino en sus efectos, debe incluirse en su concepto la nota de responsabilidad que es, en definitiva, el punto más importante que en esta materia toca disciplinar al Derecho. En cambio, es acertado que no se atienda en general a la nota de culpabilidad del responsable, porque en los casos de responsabilidad objetiva no se da.

Además, para que el daño sea indemnizable ha de infringir una norma jurídica, pues si se produce conforme a derecho no sería indemnizable. Por tanto, el concepto del daño debe incluir también la nota de antijuridicidad. Puede, pues, decirse que daño es ‘todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra’.”

Así las cosas, cuando ese perjuicio antijurídico lo sufre el patrimonio público, en cabeza de cualquiera de las entidades públicas, estaremos frente a un daño antijurídico del Estado.

Ese detrimento patrimonial puede tener un origen contractual, es decir producido con ocasión de la celebración y/o ejecución de un contrato estatal, o bien puede tener como causa acciones por fuera de esa órbita, que podrían calificarse como extracontractuales.

Si bien la responsabilidad fiscal únicamente se puede referir respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, el

¹⁰ Jaime Santos Briz, *La Responsabilidad Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pags 146 y 147.

daño antijurídico de índole fiscal quedó definido por el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> 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 contralorías.

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.

Al examinar la exequibilidad de la norma¹¹, la Corte Constitucional, precisó el concepto del daño antijurídico al Estado, en los siguientes términos:

“a. En primer lugar la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo. “De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

“A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado.

“Luego describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro.

“b. En segundo lugar, la norma contiene el criterio de imputación del daño antijurídico, y precisa que el mismo debe ser el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.

“Como modalidades de la gestión que pueden conducir a la responsabilidad fiscal la norma enuncia la 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 contralorías.

“4.2. Lo primero que cabe observar a partir del análisis del anterior contenido normativo es que la expresión “*intereses patrimoniales*” es una referencia al objeto sobre el que

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2000, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución.

“4.3. No cabe decir lo mismo de la expresión “inequitativa”, pues ella remite a una multiplicidad de acepciones cuyo contenido quedaría librado a la determinación del funcionario que adelanta el juicio de responsabilidad fiscal. Al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa no está dando parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona.

“Por las anteriores consideraciones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” y la inexecutable de la expresión “inequitativa”, contenidas en el artículo 6° de la Ley 210 de 2000.”

En tales condiciones, el daño se refiere a los fondos o bienes públicos, que bajo la competencia del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento ó demérito.

Así las cosas, el daño fiscal está referido siempre a bienes o recursos públicos bajo la titularidad administrativa de un servidor público o de un particular, en las condiciones previstas por la ley.

C) Relación de causalidad entre el daño y la actividad culposa o dolosa

Como lo explicaba Ricardo de Ángel Yagues¹², si bien como requisito para la asignación de responsabilidad y de la obligación de reparar es menester examinar si entre la conducta o el hecho y el perjuicio hubo una relación de causa a efecto, existirán situaciones en que tal vínculo surge con nitidez, y otros en los cuales se pueden

¹² Ricardo de Ángel Yagues, Tratado de Responsabilidad Civil, Universidad de Deusto y Editorial Civitas, Madrid, 1993, pags. 751 a 756

interponer otras circunstancias que dificultan ese análisis. En aras de dilucidar esas dificultades, la doctrina jurídica ha esbozado diferentes teorías, como aquella desarrollada por Von Buri, denominada ‘equivalencia de las condiciones’, por virtud de la cual simplemente bastaría que la culpa de la persona hubiere sido uno de los antecedentes del daño para que tuviere que responder por él. Otra tesis apelada ‘de la causalidad próxima’, decía que había que examinar las diferentes causas y asignar la responsabilidad al autor del origen más cercano al hecho.

Otra más, que en la actualidad es la más aceptada es aquella teoría llamada ‘de la causalidad adecuada’, que buscaba apaciguar las críticas de sus predecesoras, pues no todas los orígenes podían tener la misma importancia, sino que había que buscar la causa directa e inmediata del daño.

Así las cosas, podemos definir la relación de causalidad como aquel vínculo existente, que se constituye en el origen directo e inmediato entre la actividad culposa o dolosa del servidor público o particular y la causación del daño, y que debe encontrarse presente para entender configurada la responsabilidad fiscal.

4. La diferencia entre responsabilidad disciplinaria y fiscal Antes de examinar esta diferenciación, resulta importante traer a colación la ilustrada opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, cuando en concepto del 4 de agosto de 2003¹³, refiere las diversas posibilidades de “La Sala considera **“Marco constitucional y legal de la responsabilidad.-** Los servidores públicos responden por infracción de la Constitución y de la ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones¹⁴– art. 6° de la C. P. -, mecanismo de control destinado a evitar la arbitrariedad, brindar seguridad jurídica, garantizar la integridad del patrimonio público y el debido cumplimiento de las funciones públicas, y a obtener el resarcimiento de los perjuicios, si ellos se ocasionaren. El desconocimiento, culposo o doloso, de estas obligaciones, al desbordar el ordenamiento jurídico, puede generar responsabilidad penal, fiscal, patrimonial y disciplinaria. Los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, conforme al artículo 267 ibídem, también responden fiscalmente. “El marco de la responsabilidad es amplio pues, además del principio consagrado en el artículo 6° constitucional, corresponde a la ley determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva¹⁵ (art. 124); “el Estado responderá

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 4 de agosto de 2003, expediente 1497, M.P. Dr. Flavio Rodríguez Arce

¹⁴ “Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los funcionarios del Estado tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal (...) Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realizan los que detentan el poder público en sus diversas ramas.” Sentencia C-337 de 1993 de la Corte Constitucional.

¹⁵ El artículo 91 constitucional señala: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de

patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (art. 90¹⁶); “cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas” (art. 92); “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (art. 121). “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas” (122), y “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” (123).

“Dentro de este marco, una misma conducta de un servidor público puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad¹⁷: la fiscal, derivada del ejercicio de esta actividad - gestión fiscal - que tiene su fundamento en los artículos 268.5 y en la ley 610 de 2000, o la no fiscal - eventos de pérdida, daño o deterioro de bienes, sin desarrollo de gestión fiscal -, la cual se concreta por la comisión de hechos punibles - mediante el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, arts. 7° y 65 de la ley 610 - o mediante la acción de reparación directa - art. 86 C.C.A. -, con sustento en el art. 2341 del C.C. - por responsabilidad patrimonial - en defecto de la anterior y siempre que no se haya exonerado en el proceso penal al servidor.

responsabilidad al agente que lo ejecuta.”

¹⁶ Por su parte, el artículo 78 del C.C.A. precisa que “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.” La acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución está desarrollada en la ley 678 de 2001 como una “acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado (sic) reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto” – art. 2° -. En sentencia C- 430 de 2000 la Corte Constitucional, señaló que el artículo 78 es acorde con el artículo 90 de la Constitución de 1991. En el mismo sentido el artículo 79 ibídem contempla que “Las entidades públicas podrán hacer efectivos los créditos a su favor en todos los casos a que se refieren las disposiciones anteriores por jurisdicción coactiva y los particulares por medio de la jurisdicción ordinaria.”

¹⁷ Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C 832 de 2002, precisó : “Resulta evidente además que el legislador en este caso no tomó en cuenta al expedir la norma acusada que en la medida en que la acción penal y la acción fiscal responden a objetivos diferentes y que los bienes jurídicos protegidos en cada caso son distintos, bien puede suceder que ante los mismos hechos, el resultado en cada caso de los procesos que se inicien sea diferente, sin que, como lo recuerda acertadamente el señor Fiscal General de la Nación, ello signifique la vulneración de la ley o que se pueda presumir que los responsables de cada proceso hayan obrado en contra de la misma.”

“Sin perjuicio de lo anterior, toda conducta relacionada con el posible detrimento de los bienes públicos, puede originar acción disciplinaria o penal, en el primer caso no procede el resarcimiento directo de perjuicios, mientras que en el segundo, podrá obtenerse mediante la constitución de parte civil.

“Estas responsabilidades no resultan excluyentes, en el sentido de que si bien el artículo 124 de la Carta defiere al legislador la facultad de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, mandato que podría llevar a considerar exigible sólo la responsabilidad prevista en el inciso 2° del artículo 7° de la ley 610 - la civil dentro del proceso penal -, nada impide que aún sin existir punible perseguible, frente al daño ocasionado por el servidor, éste responda también conforme a las normas del artículo 6° de la C. P. y del Código Civil - art. 2341 -, en la misma forma como lo hacen los particulares, tal como se explicará más adelante.”

Por su parte, la Corte Constitucional ha distinguido entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria. Como puede observarse en la sentencia C-484 de 2000¹⁸, el máximo juez constitucional expresó que “Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulneran el principio del non bis in idem en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran “identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación”. Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario público, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal, no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública”.

IV. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. El proceso en general

Etimológicamente la palabra proceso viene del latín processus, y de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española posee tres acepciones: a) Acción de ir hacia delante; b) Transcurso del tiempo; c) Conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial. Todas éstas, de una u otra manera, se relacionan con el vocablo jurídico, a pesar de lo cual en el ámbito del derecho, ese término

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-484 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

tiene una especial connotación, a más que goza de una descripción técnica, como pasa a explicarse.

Ya en 1879, el célebre y reconocido maestro de Leipzig, Adolf Wach, describía hermosamente la institución del proceso como una creación de la inteligencia, una maquinaria hecha con sutileza y construida según las leyes severas de la lógica, cuya esencia derivaba de la determinación de su fin material. El fin del proceso, en palabras del jurista alemán, es el otorgamiento de la protección jurídica del Estado, concedido con justicia y conforme a la naturaleza del litigio¹⁹. Y así es. Esta institución ha sido organizada por el Estado, en aras de dar un instrumento de tolerancia, una instancia para que las personas puedan solucionar pacíficamente sus diferencias y para que les sea dispensada una realidad de justicia.

Para el profesor Chiovenda el proceso civil -pues él se refería a la materia de su estudio- se trata de un “conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria”²⁰. Y luego explicaba que era función especial de los órganos del Estado dedicados a estos menesteres lograr la efectividad de la voluntad general de la ley y su expresión en una voluntad concreta y particular cuando estuvieren acreditados los supuestos fácticos descritos en las normas jurídicas. Por su parte, su amigo y colega Francesco Carnelutti²¹ dijo que proceso era una operación mediante la cual se obtenía la composición o el arreglo del litigio²².

De otro lado, Enrico Tullio Liebman²³ llamó proceso a la actuación por medio de la cual se desarrollaba en forma particular la función jurisdiccional del Estado, en tanto que Ugo Rocco²⁴, con variantes sustanciales, hablaba de un conjunto de actividades de los órganos judiciales y de las partes, necesarias para el funcionamiento u operación de la función jurisdiccional.

Luego de examinar diferentes nociones doctrinales de lo que constituye el proceso y de haber llevado a cabo un sesudo análisis sobre la materia, Jaime Guasp las agrupó en dos conjuntos esenciales, según la ideología en que se apoyaban dichas concepciones. Afirmó la existencia de un grupo de orientación material del proceso que entendía por tal, en lo fundamental, la resolución del conflicto social, con un presupuesto como lo era la

¹⁹ Adolf Wach, Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1958, pag. 2.

²⁰ Giuseppe Chiovenda, Instituciones de derecho Procesal Civil, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pag. 37

²¹ Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pag. 49

²² Y el profesor Carnelutti explicaba que la raíz latina de litigio, llamada “lite”, al igual que en italiano, traducía no solamente un conflicto de intereses, sino el proceso mismo, y dio razón al dicho romano “sub-iudice lis est” que indicaba conflicto y “litem inferre” que reflejaba el proceso (Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Unión Tipográfica Editorial Hispano Argentina, Buenos Aires, 1944, pag. 45)

²³ Enrico Tullio Liebman, Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1980, pag. 25.

²⁴ Ugo Rocco, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol. I, Ediciones Temis-Depalma, Bogotá Buenos Aires, 1983, pag. 111.

propia imperfección humana y su sentida necesidad de convivencia social, cuya imperativa y urgente premisa estaba dada por la existencia de un mecanismo o instrumento para resolver los diversos intereses y su interrelación en veces conflictiva. El segundo marco conceptual, escribió, que se inspiraba en una noción formal, partía de la esencia de la actuación del derecho, es decir, el proceso considerado como un mecanismo para la protección o tutela del derecho.

Guasp no tomó partido por ninguna de las dos tendencias. No, formuló una tercera, según la cual, el proceso no es más que un instrumento para la satisfacción de pretensiones, en donde los elementos fundamentales serían, de un lado, el gozo –entendido como fruto del examen de la situación y del derecho para reconocer lo que corresponda- y, del otro, las pretensiones como reclamación dirigida bajo una determinada forma por un miembro de la comunidad en contra de otra persona, formulada ante el organismo público encargado de conocer y decidir esos asuntos.

Efectuado este somero panorama, bien vale la pena tomar partido y formular una descripción de lo que en materia jurídica se debe entender por proceso: Es un instrumento concebido por el orden legal, destinado a alcanzar la realización concreta de la justicia en la resolución de las controversias –fundadas en unas pretensiones y en su correlativa oposición- planteadas ante el órgano jurisdiccional o arbitral, compuesto por una serie de actuaciones sucesivas de los sujetos que allí intervienen y que deben surtirse en orden lógico, en el marco del ordenamiento legal, y que culminará con una determinada resolución jurisdiccional. Se trata, como se observa, de una definición de naturaleza descriptiva, en tanto lo que pretende es brindar una claridad sobre sus diferentes componentes.

Es, en efecto, un instrumento, entendido como vehículo, como mecanismo o institución, como una regulación propiamente prevista por la ley, que reviste una altísima teleología, como es la búsqueda de la justicia en realización concreta, es decir en la definición de un litigio entre dos o más miembros de una determinada comunidad, y que garantizará una adecuada convivencia social. Se llevará a frente a las instancias contempladas por el legislador en cada ordenamiento, bien ante la rama jurisdiccional del Poder Público, ora ante colegios arbitrales o tribunales de arbitramento, como lo sería en aquellos eventos en que la voluntad de los sujetos así lo conviniera –claro está, si lo permite el propio orden legal-.

Y ese litigio o controversia no es más sino la expresión concreta de unas pretensiones –deseos o manifestación de voluntad- formuladas por medio de un libelo y de su correspondiente oposición respecto de los supuestos fácticos o normativos de aquellas, o incluso de la expresión de unas pretensiones de oposición, mejor conocidas como excepciones.

Se desarrolla a través del cumplimiento de los actos procesales, esto es, de las expresiones de voluntad o de conocimiento que los sujetos que intervienen en él formulan a través manifestaciones escritas u orales, bajo unos precisos requerimientos del orden formal. Estos actos, dependiendo de su contenido, deberán ser formulados en su debida oportunidad, es decir que tienen que ir siempre hacia adelante, como bien lo expresara el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. El proceso, pues, está conformado por un conjunto de etapas sucesivas, en la cual tienen lugar diferentes actos

y actuaciones procesales llevados a cabo por las partes y el juez, así como por los funcionarios secretariales y auxiliares de la justicia -según el caso-, que desembocarán en una definición final, que se pronunciará por las autoridades que estén conociendo de la litis.

Se inicia con la manifestación de un sujeto de derecho, en ejercicio de su derecho subjetivo de acción, y culmina con una resolución judicial llamada sentencia –salvo aquellos eventos en donde la providencia es de diferente naturaleza (ej. auto, como sería el caso del reconocimiento de la terminación anormal por desistimiento o por transacción)-.

Vistas las anteriores consideraciones, queda claro que en forma sintética, puede ser comprendido el proceso como una sistemática herramienta organizada por el Estado para la satisfacción de pretensiones, tal y como en su momento lo enunciaron los maestros Jaime Guasp y Jesús González Pérez, y que tiene realización mediante un trámite o transcurso de etapas lógicas y sucesivas.

2. El proceso de responsabilidad fiscal

Se trata de un proceso que se puede iniciar de oficio por las contralorías departamentales o la Contraloría General de la República, o por solicitud de las entidades públicas, o incluso por denuncias presentadas por cualquier persona u organización ciudadana.

Una vez conocida la información, denuncia o solicitud, si la Contraloría no tiene certeza sobre la ocurrencia del hecho, sobre la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, ordenará una indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses. El objeto de la indagación será la verificación de la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio público, así como la precisión de la entidad afectada y la identificación de los servidores públicos y a los particulares que presuntamente hubieren causado o participado en el detrimento.

Sin embargo, cuando de la queja, o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores, el organismo fiscalizador dispondrá directamente la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Igualmente procederá la apertura, cuando de los resultados de la indagación preliminar surgieren los mismos elementos señalados.

En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.

Según el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal deberá contener lo siguiente: i) La manifestación de la competencia del funcionario que sustancia el expediente; ii) Los fundamentos fácticos y jurídicos que en criterio del organismo fiscalizador dan lugar a la responsabilidad; iii) La identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales; iv) Una apreciación respecto de la determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación

de su cuantía; v) Las pruebas que se decretan; vi) el decreto de las medidas cautelares que se consideren adecuadas y necesarias de cara a precaver la desaparición de la garantía de pago de la declaratoria de responsabilidad; vii) Petición a la entidad pública a la cual donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, y todos los datos personales; viii) La orden para notificar la apertura a los presuntos responsables esta decisión.

Cuando alguna persona que se encuentra bajo indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, con apoderado sí lo desea. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispone el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, no se podrá dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea, si no está representado por un apoderado de oficio en aquellos casos en que no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

En aquellas hipótesis en que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguro, el funcionario instructor deberá vincular a la compañía aseguradora al proceso, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se llevará a cabo 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.

Luego de la vinculación de los presuntos responsables, de los terceros civilmente responsables, se tendrá que dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal contra los procesados o archivo del proceso, dentro de los tres meses –prorrogables por dos más- y debidamente motivado.

El auto de imputación de responsabilidad fiscal se profiere cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan pruebas serias que comprometan la responsabilidad de los implicados, tales como testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio.

El auto de imputación debe contener: i) La identificación de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado; ii) La indicación y valoración de las pruebas practicadas. Es decir debe estar debidamente motivado; iii) La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Los presuntos responsables fiscales cuentan con un término de diez días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto, para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto, así como también para aportar las pruebas que estimen necesarias para efectos de su defensa. Practicadas las pruebas decretadas, el instructor del proceso deberá proferir una decisión de fondo, es decir un fallo, en el que se determinará si hubo responsabilidad fiscal o no.

Habrá un fallo con responsabilidad fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y de una conducta gravemente culposa o dolosa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario. Debe precisarse en el fallo la cuantía del daño causado, con la actualización de los valores, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.

Pero también puede producirse un fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas, o cuando no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

El fallo debe notificarse según las reglas plasmadas en el Código Contencioso Administrativo, y quedará ejecutoriado: i) Cuando contra ellas no proceda ningún recurso; ii) Cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos; iii) Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

Los fallos dictados en los procesos de responsabilidad fiscal pueden ser apelados, y con ocasión de tal actuación, se deberá surtir una segunda instancia.

El funcionario de segunda instancia competente tiene que resolver el recurso en el término de veinte días hábiles siguientes a aquella fecha en que lo recibió.

Sin embargo, se podrán decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.

Una vez surtidas, deberá resolver el recurso, mediante fallo, que igualmente deberá ser notificado según las reglas del C.C.A., y quedará ejecutoriado una vez notificado, porque contra él no procede ningún recurso en sede administrativa.

Ejecutoriado un fallo con responsabilidad fiscal, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y contra sus garantes –entre ellos las compañías de seguros que se hubieren hecho o no parte en el proceso-, y se podrá pretender su cumplimiento mediante el trámite de un proceso ejecutivo surtido por medio de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

De igual manera, según el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativo, mediante una demanda de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho dirigido contra el fallo de responsabilidad fiscal, una vez éste se encuentre en firme.

CUESTIONARIO SEMANA II

1. Según el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 son elementos de la responsabilidad fiscal:

- a) Una conducta dolosa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
- b) Una conducta culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
- c) Un daño patrimonial al Estado
- d) Un nexo causal.

e) Todas las anteriores

2. En cuanto a la conducta los ingredientes deben concurrir para entender configurado este elemento son:

- a) La conducta o la actividad de una persona y la calificación de esa conducta como dolosa
- b) La conducta o la actividad de una persona y la calificación de esa conducta como dolosa o culposa
- c) La conducta o la actividad de una persona y la calificación del sujeto que la realizó, como encargado de la gestión fiscal.

d) La conducta o la actividad de una persona, la calificación de esa conducta como dolosa o culposa y la calificación del sujeto que la realizó, como encargado de la gestión fiscal.

e) La conducta o la actividad de una persona, la calificación de esa conducta como dolosa y la calificación del sujeto que la realizó, como encargado de la gestión fiscal.

3. Se considera que se presenta culpa grave cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público.

VERDADERO

FALSO

4. Constituye una falta leve atribuible al gestor fiscal la celebración de contratos con recursos del erario sin contar con la garantía de que su ejecución cuenta con el respaldo presupuestal necesario para su terminación.

VERDADERO

FALSO

5. Se entiende por daño el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado que sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

VERDADERO

FALSO

6. Cuando el daño lo sufre el patrimonio público en cabeza de cualquier entidad pública estamos ante un daño antijurídico del Estado

VERDADERO

FALSO

7. No forma parte de la definición de lesión por haber sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional:

- a) Prejuicio
- b) Detrimento
- c) Uso indebido**
- d) Menoscabo
- e) Ninguna de las anteriores

8. Para la imputación del daño antijurídico del Estado debe entenderse que dicho daño es el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.

VERDADERO

FALSO

9. El vínculo existente, entre la actividad culposa o dolosa del servidor público o particular y la causación del daño se denomina nexo de causalidad:

VERDADERO

FALSO

10. Solo es posible predicar la vulneración del artículo 29 de la Constitución cuando dos sanciones consagran

- a) Identidad de causa
- b) Identidad de objeto
- c) Identidad en la persona
- d) Todas las anteriores

11. La multa en el proceso disciplinario pretende resarcir el daño causado al erario público

VERDADERO

FALSO

12. La amonestación como medida correccional en el proceso fiscal pretende sancionar una conducta reprochable disciplinariamente.

VERDADERO

FALSO

13. Se entiende por proceso:

a) Instrumento concebido por el orden legal, destinado a alcanzar la realización concreta de la justicia en la resolución de las controversias –fundadas en unas pretensiones y en su correlativa oposición- planteadas ante el órgano jurisdiccional o arbitral,

b) Una serie de actuaciones sucesivas de los sujetos que allí intervienen y que deben surtirse en orden lógico, en el marco del ordenamiento legal, y que culminará con una determinada resolución jurisdiccional.

c) Expresión concreta de unas pretensiones –deseos o manifestación de voluntad- formulada por medio de un libelo y de su correspondiente oposición respecto de los supuestos fácticos o normativos de aquellas, o incluso de la expresión de unas pretensiones de oposición, mejor conocida como excepciones.

d) Conjunto de etapas sucesivas, en la cual tienen lugar diferentes actos y actuaciones procesales llevados a cabo por las partes y el juez, así como por los funcionarios secretariales y auxiliares de la justicia -según el caso-, que desembocarán en una definición final, que se pronunciará por las autoridades que estén conociendo de la litis.

e) Todas las anteriores

14. El proceso de responsabilidad fiscal puede iniciar:

a) De oficio por las contralorías departamentales

b) De oficio por la Contraloría General de la República,

c) Por solicitud de las entidades públicas,

d) Por denuncias presentadas por cualquier persona u organización ciudadana

e) Todas las anteriores

15. La multa en el proceso resarcitorio se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable.

VERDADERO

FALSO

16. El objeto de la indagación preliminar es:

- a) La verificación de la competencia del órgano fiscalizador
- b) La ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio público
- c) La precisión de la entidad afectada
- d) La identificación de los que presuntamente causaron el daño
- e) Todas las anteriores**

17. El término para llevar a cabo la indagación preliminar es de 3 meses a partir del conocimiento de la conducta.

VERDADERO

FALSO

18. Contra el auto que ordena la apertura del proceso de responsabilidad fiscal procede el recurso de reposición

VERDADERO

FALSO

19. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no deberá contener:

- a) La identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales;
- b) Una apreciación respecto de la determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de su cuantía
- c) La indicación y valoración de las pruebas practicadas.**
- d) El decreto de las medidas cautelares que se consideren adecuadas y necesarias de cara a precaver la desaparición de la garantía de pago de la declaratoria de responsabilidad;
- e) Ninguna de las anteriores

20. El término que tienen los presuntos responsables fiscales a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto, para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto, así como también para aportar las pruebas que estimen necesarias para efectos de su defensa es de 15 días.

VERDADERO

FALSO

Glosario semana II

AMONESTACIÓN medidas correccionales en el proceso fiscal, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público

CULPA GRAVE se presenta cuando el gestor fiscal ha actuado con excesiva negligencia o imprudencia o ha incurrido en una infracción u omisión inexcusables del ordenamiento jurídico o en una falta de aplicación de los conocimientos que le imponen su profesión u oficio, de los cuales se haya derivado la afectación del patrimonio público.

DAÑO consiste en detrimento ó pérdida que afecta a un sujeto de derecho, respecto de su vida y/o su patrimonio.

DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, 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 contralorías.

INTERESES PATRIMONIALES DEL ESTADO se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública

MULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL pretende resarcir el daño causado al erario público.

MULTA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable.

PROCESO Es un instrumento concebido por el orden legal, destinado a alcanzar la realización concreta de la justicia en la resolución de las controversias –fundadas en unas pretensiones y en su correlativa oposición- planteadas ante el órgano jurisdiccional o arbitral, compuesto por una serie de actuaciones sucesivas de los sujetos que allí intervienen y que deben surtirse en orden lógico, en el marco del ordenamiento legal, y que culminará con una determinada resolución jurisdiccional.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD, vínculo existente, que se constituye en el origen directo e inmediato entre la actividad culposa o dolosa del servidor público o particular y la causación del daño, y que debe encontrarse presente para entender configurada la responsabilidad fiscal.

Bibliografía semana II

- <http://www.cgm.gov.co/infor/nopoli/Jurisprudencia/Sc-1852A-09.pdf>
- <http://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/Novitas94/FileNovitas94/concepto80112ee15354.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>

- http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/Adminitrativo/Sentencia-C-619-02.pdf
- https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=ria&uact=8&ved=0CEoQFjAl&url=http%3A%2F%2Fwww.procuraduria.gov.co%2Frelatoria%2Fmedia%2Ffile%2Fdependencia%2FConsejoEstado%2F5_delegada%2F2012%2F9.doc&ei=BCV2VNLUI4SmgwSXqYPoBw&usg=AFQjCNGVhemA0q3SXVO41xqTV62eVeEN3g&bvm=bv.80642063,d.eXY
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-382-08.pdf/172c1142-e2dc-4d55-a491-b0ca7eab0787>
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-077-07.pdf/915a8c54-731d-4ddf-8910-59fba77f43db>
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-648-02.pdf/407c8cf1-b8ee-4d08-b255-739865e5abf2>
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/C-840-01.pdf/c24297fa-3da3-455a-8e4b-25487fe0a8bd>
- <http://www.contraloria.gov.co/documents/70757161/72494420/SU.620-96.pdf/f25fb84f-8d79-4e73-9881-ba9a67429a41>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44429>
- https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&cad=ria&uact=8&ved=0CB8QFjABOAO&url=http%3A%2F%2Fwww.nuevalegislacion.com%2Ffiles%2Fsusc%2Fcdj%2Fdoct%2Fce_1716_06.doc&ei=8SV2VLiuMlqnNtWHguAD&usg=AFQjCNGhE80gBEfCR9rIDTTICtvrctKeA&bvm=bv.80642063,d.eXY
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5754>
- http://www.acoldeseaida.org/descargas/ponencia_carlos_ariel_sanchez.pdf
- http://colombialdia.co/estados/boletines/boletin_2_2011/documentos/19940033201.pdf

Introducción semana III

Ya adentrados en la tercera semana del curso y con una buena fundamentación teórica y normativa sobre el control fiscal y el proceso de responsabilidad civil, proseguiremos señalando nociones básicas del contrato de seguro, el asegurador y tomador como partes del contrato de seguro; el interés asegurable, el riesgo asegurable la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador como elementos del contrato; la póliza o documento que contiene las condiciones pactadas en el contrato, particularmente en lo que tiene que ver con los riesgos asumidos y sus condiciones, la vigencia del contrato, el monto de la prima entre otros.

A su vez en este módulo comprenderá en que consiste el infraseguro y el supraseguro, la garantía, e siniestro, los deducibles y conocerá los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguro.

Objetivos semana III

1. Comprender en que consiste el contrato de seguro y cuáles sujetos intervienen en el contrato.
2. Distinguir los elementos del contrato de seguro
3. Conocer la diversidad de clases de seguros
4. Aprender nociones básicas de póliza de seguro, infraseguro, supraseguro, garantías, siniestro
5. Saber el término de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro.
6. Identificar los tipos de pólizas que deben adquirir las entidades estatales.

Temática semana III

EL CONTRATO DE SEGURO

1. Noción

El legislador colombiano, con gran prudencia en palabras del maestro J. Efrén Ossa Gómez, no definió el contrato de seguro, justamente para evitar incurrir en imprecisiones dada la complejidad de la institución.

Con todo es importante, traer a colación la definición de los reconocidos tratadistas franceses Picard y Besson, cuando afirmaron que el seguro era una

“operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística.”²⁵

Con base en la reforma introducida por medio de la Ley 389 de 1997, el artículo 1036 del Código de Comercio, describe las características de ese especial negocio jurídico: consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

Apenas, haremos referencia a la primera nota de consensualidad, eliminó la formalidad *ad substantiam actus* que rodeaba el contrato de seguro, como era la necesidad de que constara en un documento denominado póliza. Con esta innovación se permite que, una vez las partes estén de acuerdo en los elementos fundamentales, se entienda que existe un contrato de seguro.

El profesor Hernán Fabio López recordaba la razón de ser de este importante cambio legislativo, en lo esencial, los inconvenientes derivados de la práctica de algunas aseguradoras que expresaban que expedirían la póliza, se demoraban administrativamente en hacerlo, y si arribaba un siniestro en esos primeros días, manifestaban que no se había expedido la póliza y que, por esa razón, no existía cobertura. Para paliar estas dificultades, el legislador de 1997, modificó la exigencia de la solemnidad del contrato de seguro.

No obstante lo anterior, dada la complejidad de los aspectos inherentes al seguro, y el mandato del artículo 1046 del C.Co., es lo cierto que las compañías de seguros siguen acudiendo a la póliza de seguros, para dejar plasmados los diferentes aspectos, tales como las calidades de los sujetos (tomador, asegurado, beneficiario), vigencia de los amparos, riesgos asegurados, exclusiones, garantías, forma de indemnización, etc. No con una intención sustancial, sino más bien probatoria, tal y como lo estableció el artículo 3º de la Ley 389 de 1997, que modificó el artículo 1046 del Código de Comercio²⁶. Esto es bien importante, porque mal podría aducirse por alguna compañía de seguros, la inexistencia de la póliza como mecanismo de defensa, circunstancia tan sólo de carácter probatorio, que bien podría acreditarse en el proceso de responsabilidad fiscal por medio de otros medios de probanza.

²⁵ Picard et Besson, Les assurances terrestres en droit francais, Tomo I, Paris, L.G.D.J, 1964, pag. 2

²⁶ ARTÍCULO 1046. (Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 389 de 1997). “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

“Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

“La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

“PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza”.

2. Sujetos

De acuerdo con la legislación colombiana, las partes en el contrato de seguro son el tomador, la persona que, por cuenta propia o ajena, traslada jurídicamente los riesgos, y el asegurador, esto es, la persona que asume el traslado jurídico de los riesgos, según lo plasma el artículo 1037²⁷ del estatuto comercial.

Hemos referido que se trata de un traslado y una asunción jurídica de riesgos, es decir que, con ocasión del contrato de seguro, la compañía aseguradora sumirá las consecuencias económicas derivadas de la realización de los riesgos, para mantener indemne –en las condiciones previamente convenidas al asegurado y/o beneficiario.

De otro lado se encuentra el asegurado, no definido por el Código de Comercio, pero es la persona que posee el interés asegurable, cuyo patrimonio podría quedar afectado con ocasión de la realización del riesgo (art. 1083). El asegurado es la persona natural o jurídica, titular de un interés jurídico, que con ocasión de un siniestro podría verse afectada por un perjuicio patrimonial. El beneficiario, concepto tampoco definido por el Código de Comercio²⁸, es la persona que estará legitimada para recibir de la compañía aseguradora la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro. Es la persona a quien le corresponde el derecho a recibir la indemnización derivada del contrato de seguro.

En muchas ocasiones las diversas calidades de tomador, asegurado y beneficiario, o algunas de ellas, se pueden reunir en una misma persona. En otras, las condiciones de asegurado y beneficiario estarán en una misma, mientras el carácter de tomador en otra.

Por ejemplo, en los seguros de daños (incendio, hurto, terremoto, inundación, etc), el tomador, asegurado y beneficiario será la misma persona, generalmente el propietario de los bienes que se busca proteger de los riesgos enunciados.

También, en los seguros de responsabilidad civil extracontractual, también ocurrirá lo propio, pues quien busca resguardarse de los eventos dañosos y de su afectación patrimonial, será la misma persona.

De otro lado, en las hipótesis de los seguros de cumplimiento, las calidades estarán radicadas en diferentes personas. En efecto, el tomador generalmente es el contratista, mientras el asegurado y beneficiario será la entidad contratante.

Ahora, en lo que tiene que con el otro extremo del negocio jurídico asegurativo, se tiene al asegurador. Esto es la persona jurídica, autorizada para asumir riesgos por parte de la

²⁷ ARTÍCULO 1037. PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO. Son partes del contrato de seguro:

- 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y
- 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

²⁸ ARTÍCULO 1040. BENEFICIARIO. El seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero.

autoridad pública y con una organización administrativa, operativa y financiera que le permita administrar los riesgos aceptados.

Para que una sociedad pueda constituirse como compañía o cooperativa de seguros en Colombia, amén de cumplir con los requisitos legales para la constitución de sociedades o cooperativas, según el caso, debe poseer un objeto social exclusivo, consistente en la realización de operaciones de seguro bajo las modalidades y ramos facultados expresamente²⁹, adquirir personalidad jurídica en el territorio nacional³⁰ y poseer al momento de constitución un capital mínimo establecido en el artículo 510 de la Ley 510 de 1999 y reglamentado por el decreto 2323 de 1999, que a su vez luego sería modificado por la Ley 795 de 2003, que modificó y ajustó muchas de las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el caso de optar por constituirse como “compañía de seguros” debe adoptar la forma de Sociedad Anónima y en el caso de querer organizarse como “cooperativa de seguros” debe asumir una forma cooperativa, sujeta al marco comunitario que regula este sistema de asociación.

El artículo 108, numeral 3 del E.O.S.F.³¹ estableció que “(...) Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio a la actividad aseguradora...”

Por lo tanto, es requisito de acceso a la actividad aseguradora la autorización impartida por la Superintendencia Financiera³², quien aprueba u objeta las solicitudes formuladas con dicha finalidad. De igual modo, por intermedio legal debe autorizar, de manera general o individual, la apertura y cierre de sucursales y agencias en el territorio nacional, así como los ramos, pólizas o tarifas de seguros, en los casos en que a ello hubiese lugar conforme a la ley.

El artículo 53 del E.O.S.F, modificado por el artículo 2 de la Ley 510 de 1999, estableció el procedimiento que deben surtirse para que la Superintendencia imparta su autorización mediante un “certificado de autorización”. Así las cosas, se debe presentar una solicitud acompañada de la siguiente información: a) El proyecto de estatutos sociales; b) El monto de su capital que no será menor al requerido por las disposiciones pertinentes y la forma en que será pagado; c) La hoja de vida de las personas que pretendan asociarse y de las que actuarían como administradores, así como la información que permita establecer su carácter, responsabilidad, idoneidad y situación patrimonial; d) Estudio que demuestre satisfactoriamente la factibilidad de la empresa, el cual deberá hacerse extensivo para el

²⁹ Artículo 38 del E.O.S.F.

³⁰ Artículo 39 del E.O.S.F.

³¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

³² La Superintendencia Financiera, de acuerdo con el artículo 35 de la ley 510 de 1.999, se define como un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora

caso de las entidades aseguradoras a los ramos de negocios que se pretendan desarrollar.

3. Elementos del contrato de seguro

El artículo 1045 plasmó la enumeración de los elementos esenciales del contrato de seguro, esto es, aquellos sin los cuales tendría que reputarse como inexistente o ineficaz: El interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador.

En mi criterio, el legislador erró al incorporar dentro de los elementos para la existencia del contrato, primero una obligación derivada de él, como es el pago de la prima, y el segundo, la obligación condicional al pago del siniestro, pues a todas luces salta a la vista que, no necesariamente en todas las ocasiones, ocurrirá siniestro, y tampoco en todas habrá lugar a la indemnización del asegurador.

Los dos primeros conceptos son la médula de la asegurabilidad, en la medida en que se trata de las condiciones que diferencian el contrato de seguro con la apuesta, mientras que los dos segundos se traducen en las obligaciones derivadas del contrato, como son el pago de la prima por parte del asegurador, y el pago de la indemnización con ocasión de la ocurrencia del siniestro, por parte del asegurador.

A) El interés asegurable

El interés asegurable es la relación económica que puede verse afectada por la realización de uno o varios riesgos. Por ejemplo el derecho de propiedad, el derecho al patrimonio. Al tenor del artículo 1083, en los seguros de daños, tendrá interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo. El interés asegurable tiene que ser lícito y estimable en dinero, independientemente de la discusión sobre el particular en tratándose de los seguros de personas. En ambos tipos de seguros tiene que ser posible la estimación en dinero.

B) El riesgo asegurable

El riesgo es “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario”, con el aditamento que, según el artículo 1127 del estatuto mercantil, se permite el amparo del riesgo denominado “culpa grave”. Al aceptar la culpa grave, se admite que el riesgo puede depender de la conducta del tomador o del asegurado, en determinados casos, particularmente en los seguros de responsabilidad civil.

En materia de riesgo asegurable, importa traer a colación la precisión del profesor López Blanco³³, cuando escribió que:

“Por consiguiente, es la incertidumbre que puede referirse a si el suceso se presentará o no, o cuando ocurrirá, si fatalmente sucederá como es, por ejemplo, el evento de la

³³ Hernán Fabio López Blanco, Comentarios al contrato de seguro, Dupré Editores, Bogotá, 2010, págs. 90 y 91.

muerte, la base esencial del concepto de riesgo, en el que campea la idea de suceso futuro, cualificación que no siempre debe darse por cuanto excepcionalmente pueden ser riesgos asegurables hechos ya ocurridos pero respecto de los que no se tiene certeza de si acaecieron, de ahí que el artículo 1706 del C. de Co. Disponga que 'Será válido el seguro marítimo sobre el riesgo putativo, esto es, el que sólo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque ya se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato' y que el artículo 1875 del Régimen Financiero al regular ciertas condiciones especiales aplicables al contrato de seguro señale en el numeral 3º: 'Riesgos de la actividad financiera. En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador'.

Y resulta de gran importancia, porque, normalmente, los riesgos asegurables tienen que ser futuros, es decir, hacia adelante respecto de la celebración del contrato, salvo aquellos hechos pretéritos en los casos planteados, con la necesaria condición del desconocimiento de las partes respecto de su ocurrencia. De no exigirse esta circunstancia, el contrato de seguro perdería su naturaleza y su esencia, porque el *aleas* desaparecería.

Sobre el riesgo, las normas del Código de Comercio señalan que quien decidirá en qué condiciones acepta la traslación del riesgo por medio del contrato de seguro es el asegurador (artículo 1056), y que la asunción de los riesgos, salvo estipulación legal o contractual en contrario, comenzará a la hora veinticuatro del día que se celebre el contrato. También se indicó en el artículo 1060 que los asegurados o tomadores, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo, es decir de prevenir agravaciones de los mismos cuando ello es posible –porque habrá circunstancias ajenas a ellos que implican de todas maneras una agravación–, pero en todo caso cuando ocurra ese aumento, deberán notificar por escrito al asegurador, para efectos de que éste tome la determinación de recalcular el valor de la prima o de definir la terminación del contrato. Téngase en cuenta que la falta de notificación oportuna producirá la terminación del contrato, y tan sólo en aquellos casos en que se demuestre la mala fe del asegurado o del tomador, la compañía tendrá derecho a retener el valor de la prima no devengada.

C) La prima

La prima es el precio en el contrato de seguro, es decir la contraprestación económica frente a la asunción del riesgo por la compañía aseguradora.

La determinación de la prima en el contrato de seguro responde a una serie de cálculos actuariales, de determinación de costos comerciales y administrativos, por parte de la compañía, que responden a una serie de factores endógenos de los riesgos propiamente dichos, y otros componentes ajenos a ellos, pero que para efectos de la operación, importa tener en cuenta.

La prima se establece por parte del asegurador y así se comunica al tomador. Su monto dependerá, como se dijo de aquellas circunstancias endógenas y exógenas, pero también de circunstancias relativas al término de cobertura, y a condiciones establecidas en el propio contrato de seguro, como determinadas restricciones de cobertura o de la imposición de garantías a tomador y/o asegurado.

El elemento esencial del contrato de seguro es la existencia de este elemento, de su determinación en el contrato de seguro, mientras que su pago, ya corresponde a la obligación derivada del propio negocio jurídico. Esta precisión es bien importante, porque la prima sí puede constituir un elemento esencial, mientras que la carga de su pago para el tomador, constituye una obligación, es decir un producto mismo del contrato.

D) La obligación condicional del asegurador

El artículo 1054 del Código de Comercio señala que la realización del riesgo implica el nacimiento de la obligación del asegurador, claro está bajo las condiciones convenidas en la póliza.

Pero, como se observa, esa obligación, que es un efecto del contrato de seguro, surgirá o no, dependiendo de la realización del riesgo, es decir del siniestro. Si hubo siniestro, surge, o si no aconteció, no nacerá.

Por estas dos razones, primero, porque se trata de una obligación, y segundo, sometida a una condición, es decir un evento futuro e incierto, mal puede catalogarse como un elemento esencial del contrato de seguro.

De todas maneras, resulta muy importante su análisis, precisamente porque de la ocurrencia del siniestro, y por razón de la asunción de los riesgos trasladados por el tomador, la compañía aseguradora deberá pagar la indemnización consecuente, en las condiciones previamente establecidas. Y tendrá que hacerlo luego de la reclamación del asegurado o beneficiario, fuere directa o extrajudicial o bien judicial, según el caso.

4. Clasificación de los seguros

Dentro de las varias clasificaciones que ha planteado la doctrina del derecho de seguros, aquella que más importancia posee para los efectos de este estudio es la relativa a la clasificación de seguros de daños y seguros de personas³⁴.

³⁴ Para Hernán Fabio López Blanco, el contrato de seguro terrestre “se subdivide en dos, a saber, el seguro de daños y el seguro de personas y aunque varios principios son aplicables a estas dos clases de seguros terrestres, hay entre éstos una diferencia, ya que los primeros se refieren a la protección directa del patrimonio del asegurado y, por lo mismo, la indemnización siempre guardará relación con la magnitud económica de la pérdida efectivamente sufrida, mientras que los segundos, los de personas, protegen las consecuencias dañosas con repercusiones patrimoniales en derechos personalísimos como lo son la vida, la integridad personal, la salud y frente a las cuales la tasación de los valores asegurados presenta mayor elasticidad que en los seguros de daños, como se verá en su oportunidad, porque la indemnización se otorga de ordinario, con base en la aceptación de la regla referente a que la suma asegurada se toma como la guía única para indemnizar, por considerarse un pacto anticipado sobre el valor a pagar por el asegurador, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar, en lo que seguros de daños concierne, que el valor asegurado es sensiblemente mayor, tal como lo prevé el art. 1089 del C. de Co. al indicar que el asegurador podría probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, más no que es inferior a él.”

En el primer renglón encontramos los seguros de daños y los seguros patrimoniales, mientras entre los seguros de personas, se hallan el seguro de vida, seguro de accidentes personales, seguro de hospitalización y cirugía y seguros personales de patrimonio.

Los seguros de daños brindan una protección contra los perjuicios patrimoniales, bien sea respecto de cosas o bienes específicos propiamente dichos, sea respecto de la masa patrimonial en su conjunto. Dentro de ellos campea el principio de la indemnización o principio indemnizatorio³⁵, según el cual, el seguro no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para asegurado o beneficiario, pues el valor pagado por el asegurador en caso de ocurrencia del siniestro, debe mantener en las mismas condiciones financieras del asegurado o beneficiario en que se hallaba antes de la realización del riesgo.

El seguro de daños, o como lo llamaba Alfredo Manes³⁶, seguro de cosas concretas, son aquellos que versan específicamente sobre bienes muebles o inmuebles, determinadas o determinables, en donde el valor asegurado no podrá superar el valor mismo de las cosas aseguradas.

Los seguros patrimoniales³⁷ están dirigidos a la protección de la integridad del patrimonio de una persona, que puede expresarse sea respecto de una disminución del activo o de un aumento del pasivo. No hacen referencia a un bien en particular, sino que se refieren al patrimonio como unidad, como integridad. También opera el mismo principio del seguro de daños, el principio indemnizatorio.

El artículo 1127³⁸ definió el seguro de responsabilidad, en los siguientes términos: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que 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”. El objeto del seguro de responsabilidad es directamente el patrimonio del asegurado y no un específico bien. Su propósito, desde el punto de vista del asegurado es precaver las pérdidas patrimoniales derivadas de diversos eventos que podrían sucederse o no.

³⁵ **ARTÍCULO 1088. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO.** Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

ARTÍCULO 1089. LIMITE MÁXIMO 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 el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.

³⁶ Alfredo Manes, Teoría General del Seguro, Tomo I, pág. 16

³⁷ Para Picard y Besson, los seguros patrimoniales tienen como propósito garantizar al asegurado contra los recursos ejercidos en su contra por terceros, con ocasión de los perjuicios que han podido ser causados y que comprometen su responsabilidad” (pág. 28).

³⁸ El artículo 1127 del Código de Comercio fue modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990

Si bien el patrimonio como atributo de la personalidad constituye una bolsa dentro de la cual ingresan bienes y valores, desde el punto de vista de los riesgos que lo pueden afectar, los seguros se clasifican como lo dice la norma en seguros de responsabilidad contractual, de la responsabilidad extracontractual, sea que la fuente de pérdida se derive de un negocio jurídico o no. De esta derivación, han surgido los que se conocen como seguros de cumplimiento, es decir aquellos que se refieren al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos, que gozan de variados amparos, tales como el de la debida inversión del anticipo, el cumplimiento, los amparos de calidad de los bienes o servicios suministrados, la estabilidad de obras, etc.

Dada la importancia del seguro de cumplimiento, y considerando las especiales connotaciones para su operación por razón de la categoría de los asegurados, se han diferenciado las pólizas de seguros dirigidas a los seguros de cumplimiento para entidades privadas y seguros de cumplimiento para entidades públicas, particularmente, derivadas de las disposiciones del Estatuto de Contratación Pública, que contiene ya una serie de reglamentaciones, cargas y deberes para las compañías aseguradoras.

5. La póliza de seguros

Si bien el contrato de seguro, como se dijo, es consensual, es decir que una vez de acuerdo el tomador y el asegurador respecto de la asunción de riesgos y de la determinación de la prima, el contrato existe, para efectos netamente probatorios, el artículo 1046 del Código de Comercio exigió que el asegurador estaba obligado a entregar, dentro de los quince días siguientes a su celebración, un documento original denominado póliza, en el cual se precisaran las diferentes condiciones pactadas, particularmente en lo que tiene que ver con los riesgos asumidos y sus condiciones, la vigencia del contrato, el monto de la prima, y todos los requisitos descritos en el artículo 1047 del estatuto mercantil.

El artículo 1047 explicó que la póliza de seguro poseerá unas condiciones generales, que se refieren a todos los contratos del ramo correspondiente, y unas condiciones particulares, dirigidas fundamentalmente al negocio particular. Las condiciones generales de las pólizas, sus textos y modelos, deben ser autorizados únicamente por la Superintendencia Financiera y tarifas de las pólizas de seguros, cuando se trate de la aprobación inicial de un ramo a una compañía de seguros o cuando se trate de explotación de un ramo nuevo³⁹. De todas maneras, al tenor del artículo 2° de la Ley 389 de 1997, los modelos de pólizas y anexos deben enviarse a la Superintendencia para su depósito.

En la norma citada se plasmaron también las circunstancias específicas, relativas al contrato de seguro, que deben ser incorporadas por el asegurador en las condiciones particulares de la póliza:

- La razón o denominación social del asegurador;
- El nombre del tomador;

³⁹ Artículo 42 de la Ley 795 de 2003

- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;
- La calidad en que actúe el tomador del seguro, cuando es en nombre propio, o por cuenta de otra persona;
- La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;
- La suma asegurada o el modo de precisarla;
- La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;
- Los riesgos que el asegurador toma su cargo;
- La fecha en que se extiende la póliza
- La firma del asegurador, y
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

El Código de Comercio estableció en su artículo 1048, los documentos que se entienden como parte de la póliza, como integrantes de ella, la solicitud de seguro firmada por el tomador, y los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza.

La póliza de seguros, no solamente es importante para determinar todas las condiciones de aseguramiento convenidas entre tomador y la compañía aseguradora, sino también constituye una pieza clave en el cobro de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro.

En efecto, según el artículo 1053 del Código de Comercio, la póliza de seguros presta mérito ejecutivo, es decir puede servir de soporte a una pretensión de cumplimiento, en las siguientes circunstancias: i) En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo; ii) En los seguros de vida respecto de los valores de cesión o rescate, y iii) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes indispensables para acreditar el siniestro, sin que fuere objetada de manera seria y fundada la reclamación.

Pero, además de lo anterior, de haberse habilitado la vía ejecutiva para el cobro de la indemnización derivada del siniestro, el artículo 1080 previó que la acreditación del siniestro puede efectuarse judicial o extrajudicialmente ante el asegurador, y que transcurrido ese mismo plazo del mes a partir de la reclamación, el asegurador deberá cancelar intereses moratorios.

Existen diferentes clases de pólizas de seguros. Por cada riesgo o conjunto de riesgos, debe existir una póliza, precisamente por la función de este instrumento para la delimitación de los compromisos de las partes y las circunstancias concretas. Sin embargo, es preciso explicar algunos tipos particulares, a saber:

Póliza flotante: En la póliza se conviene el aseguramiento de determinados bienes, pero por razón del tipo de industria o comercio, o en el transporte de mercancías, los bienes referidos circulan permanentemente. En este caso, los bienes inicialmente asegurados, luego no están, pues son reemplazados por otros. Para evitar que esta circunstancia

afecte el contrato, se establece por las partes que se considerarán asegurados los bienes de semejantes características que se encuentren en los lugares asegurados. El valor de la prima se determina sobre los valores de los bienes que efectivamente se encuentren dentro del establecimiento asegurado.

Póliza automática: Se utiliza fundamentalmente en el ramo de transporte y otorga un amparo respecto de todos los envíos llevados a cabo durante un lapso de tiempo. En estos casos, el asegurador no necesariamente habrá sido notificado de un embarque. La estimación del valor de la prima dependerá de los trayectos efectivamente realizados y el valor de los mismos, más los fletes, gastos y bodegaje.

Póliza específica: Es aquella en donde los bienes o patrimonio asegurados están determinados con suma precisión desde la celebración del contrato.

Pólizas nominativas: Aquellas pólizas en donde la cesión del contrato solamente producirá efectos si el asegurador la aceptó previamente.

Pólizas a la orden: aquellas pólizas en donde la cesión del contrato producirá efectos respecto del asegurador, apenas con el simple endoso.

6. Pluralidad de seguros

Es necesario diferenciar dos situaciones diferentes en lo que se refiere a multiplicidad de seguros.

En primer término se habla de coexistencia de seguros, cuando estamos frente a un mismo riesgo amparado por contratos de seguros diferentes. Para que estemos frente a esta hipótesis, deben reunirse las condiciones previstas en el artículo 1094 del C. de Co., a saber: i) Diversidad de aseguradores; ii) Identidad de asegurado; iii) Identidad de interés asegurado, y iv) Identidad de riesgo.

Aspecto diferente es la figura del coaseguro, en donde con la aceptación del asegurado dos o más compañías aseguradoras se ponen de acuerdo para asegurar mancomunadamente un determinado bien, es decir que existirá un solo contrato de seguro, en el que existirán dos o más aseguradores que responderán, frente a la realización del riesgo, de manera parcial cada uno, de acuerdo con los porcentajes de asunción del riesgo. Para facilitar el manejo de la relación asegurativa, las compañías aseguradoras designan un líder, generalmente la compañía con el mayor porcentaje de cobertura, para que sirva de interlocutor contractual, como si se tratara de un solo asegurador.

Existe obligación legal de informar al asegurador sobre la existencia de otros seguros, tal y como se expresa en el artículo 1076: “Sin perjuicio de la obligación que le impone el artículo 1074, el asegurado estará obligado a declarar al asegurador, al dar la noticia del siniestro, los seguros coexistentes, con indicación del asegurador y de la suma asegurada. La inobservancia maliciosa de esta obligación le acarreará la pérdida del derecho a la prestación asegurada”. Como se observa, para perder el derecho a la indemnización en esos casos, se exige la mala fe, es decir el ocultamiento intencional respecto de la existencia de los derechos.

7. Infraseguro

Salvo en los seguros de vida, en el mundo de los seguros campea el principio indemnizatorio, que pretende colocar al asegurado y/o beneficiario en las mismas condiciones en que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro. Es decir que el contrato de seguro no puede constituirse en una fuente de enriquecimiento para el asegurado y/o beneficiario, y para garantizar esta máxima, se construyeron las figuras del Infraseguro y del supraseguro.

En efecto, el infraseguro ocurre cuando el aseguramiento de un viene se realiza por debajo de su verdadero valor, y por ende, la prima cancelada fue inferior al riesgo asumido. Para Rubén Stiglitz, “El infraseguro implica que el contrato ha sido celebrado por una suma inferior al valor real y actual del objeto sobre el que se asienta el interés asegurado”⁴⁰.

Cuando sucede esta circunstancia, la compañía de seguros está facultada para aplicar la regla proporcional para efectos de cancelar la indemnización, prevista en el artículo 1102 del estatuto mercantil⁴¹. En tal caso se tomará el valor asegurado y se multiplicará por la proporción derivada de la pérdida y el valor real de la cosa al momento de la realización del siniestro.

La fórmula es sencilla: $I = VA \times (P/VR)$

I= Indemnización

VA= Valor asegurado, por el que se aseguró el objeto

P= Valor de la pérdida anunciada

VR= Valor real de la cosa al momento del siniestro

Ejemplo para entender mejor el principio. Si tenemos un automóvil que vale \$10, pero fue asegurado por \$5 y sufrió una pérdida de \$3, la indemnización que será reconocida es de \$1,5. Se le castiga al tomador, asegurado y/o beneficiario el hecho de haber asegurado por debajo de su valor y recibirá el equivalente.

El supraseguro, es decir el aseguramiento de un bien por un valor superior también se censura por parte del derecho de los seguros, precisamente porque lo que se busca con esta institución es el mantenimiento de las circunstancias del asegurado, es decir que éste no sufra con los efectos negativos de los siniestros. En estos casos, la indemnización se calculará considerando el valor real del bien asegurado.

8. Garantías

En la búsqueda de los acuerdos para la asunción de los riesgos en cabeza de las compañías aseguradoras, se podrá convenir que tomador y/o asegurado se comprometan a llevar a cabo determinados comportamientos, dirigidos al mantenimiento

⁴⁰ Rubén Stiglitz, Derecho de Seguros, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Tomo III

⁴¹ Artículo 1102. “No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté...”.

de las condiciones del riesgo o a obtener una precisa y determinada conducta respecto de su aseguramiento. El artículo 1061 definió lo que debe entenderse por garantía: “la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho”.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido la distinción doctrinaria en dos tipos de garantía: “El artículo 1061 del Código de Comercio, abarca dos diferentes tipos –o tipologías- de garantía que la doctrina, comúnmente, denomina: de conducta, en virtud de la cual el asegurado –mejor el tomador- se obliga a hacer o no determinada cosa, y afirmativas, vale decir, las que conciernen a una declaración –de conocimiento o de ciencia- mediante la cual se afirma o niega una concreta situación de hecho (factum)”⁴²

La garantía debe constar expresamente en la póliza o en sus anexos, y no se puede exigir aduciendo compromisos implícitos o presuntos. Está o no en la póliza y/o anexos, o no está. Las compañías de seguros no pueden argumentar que el tomador y/o asegurado se comprometió a ella por virtud de interpretaciones respecto de la intencionalidad; no, la garantía debe quedar plasmada en forma expreso, o de lo contrario, no se podrá aplicar a la relación asegurativa.

Son garantías, por ejemplo, cuando en la póliza se le exige a tomador y/o asegurado, que respecto de un seguro de hurto, mantenga determinada iluminación en el lugar asegurado, o vigilancia 24 horas, o incluso cámaras de televisión. En el seguro de incendio, la presencia de hidrantes o extinguidores en los lugares asegurados.

Si el asegurador comprueba que esas garantías fueron desatendidas, podrá demandar la nulidad relativa o la terminación del contrato, según considere, y en caso que se hubiere realizado el siniestro con el desconocimiento de las garantías, podrá oponerse al pago de la indemnización.

9. El siniestro

Al tenor del artículo 1072, el siniestro es la realización del riesgo asegurado. En palabras del profesor Ossa, el siniestro podrá consistir en un hecho simple o complejo, según la delimitación contractual del riesgo. Serán simples, por ejemplo, en los seguros de vida, la muerte del asegurado, y complejos en aquellas circunstancias en que su realización puede tener lugar por variadas causas, unas aseguradas y otras no.

Para que pueda hablarse de siniestro, la realización del riesgo tiene que haber ocurrido en las condiciones previstas en el contrato. A su vez, para poder hablar del derecho a la indemnización tiene que haberse producido el siniestro dentro de las condiciones establecidas en la póliza.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de noviembre de 2001, exp. 5978

Existe el deber a cargo del asegurado y/o beneficiario de dar aviso de la ocurrencia del siniestro al asegurador⁴³, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo conoció o hubiere debido conocerlo, con el fin de que éste hubiese podido disponer los medios para restringir los efectos negativos de su ocurrencia, o para llevar a cabo las gestiones para el salvamento. Este término puede ampliarse por las partes en la póliza.

De igual forma, una vez ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a realizar todas las gestiones destinadas al salvamento de las cosas aseguradas, y según el artículo 1074, el asegurador asumirá, dentro de las condiciones que regulan el importe de la indemnización, los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones.

Si los asegurados o beneficiarios no cumplen con las obligaciones anteriores, el asegurador podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le hubieren causado dicho incumplimiento. Tendrá que acreditarse una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño sufrido por la compañía de seguros.

De igual manera, tiene que tenerse en cuenta que la mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho, al tenor de lo previsto por el artículo 1078 del Código de Comercio.

El artículo 1073 estableció la delimitación de la responsabilidad del asegurador con ocasión de la temporabilidad de los amparos. Allí se dijo que si el siniestro se había iniciado durante la vigencia de la póliza y continuaba después de vencido el término del seguro, consumando la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador debía responder con el pago de la indemnización.

Pero si el siniestro se iniciaba antes y continúa después de la asunción de los riesgos por el contrato de seguro, la compañía no sería responsable por el siniestro.

Cuando se produce un siniestro, aparte del aviso de ocurrencia del siniestro – que posee esa especial finalidad para que el asegurador pueda apersonarse del asunto de cara a evitar que el siniestro se extienda en sus efectos y para lograr el salvamento de las cosas-, el asegurado o beneficiario tiene que formular reclamación al asegurador (art. 1077).

La reclamación busca la acreditación del siniestro ante la compañía aseguradora y la demostración de la pérdida y su cuantía.

10. Deducibles

⁴³ ARTÍCULO 1075. <AVISO DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.

Al momento de convenir los amparos que asumirá y los valores asegurados, la compañía de seguros podrá imponer una carga al tomador, al asegurado y/o al beneficiario, en caso de siniestro, por virtud de la cual, éstos asumirán una parte del mismo. Esto es lo que se llama deducible, una suma de dinero del valor del siniestro que asumirán los asegurados y/o los beneficiarios, como coparticipación en el mismo, con el fin que éstos asuman las responsabilidades en el buen manejo de los riesgos y contribuyan para evitar su agravación. Se trata de una medida de corresponsabilidad.

El deducible puede ser pactado en una suma cierta de dinero, respecto del valor asegurado, o bien mediante un porcentaje que se aplicará al monto del siniestro.

De esa operación aritmética se deducirá la proporción que debe asumir el asegurado y/o beneficiario.

En caso de tratarse de un seguro de responsabilidad civil, este deducible deberá ser asumido por el asegurado en favor del beneficiario. La compañía de seguros se podrá descargar, precisamente por el pacto previo del deducible. En tratándose de los seguros de cumplimiento ante entidades públicas no se acostumbra pactar deducibles, justamente para lograr que esta medida de garantía cumpla eficazmente con su cometido.

11. La prescripción

El Código de Comercio plasmó en el artículo 1081 el régimen de prescripción general para las relaciones derivadas del contrato de seguro⁴⁴, en los siguientes términos:

“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.”

Significa lo anterior que las relaciones jurídicas derivadas de los contratos de seguros no pueden permanecer indefinidas en el tiempo, sino que deben ser resueltas, ora directamente, bien judicialmente, so pena de sufrir una consecuencia legal impeditiva, como es la prescripción.

⁴⁴ Artículo 1131.(Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990) “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 régimen actual previó un régimen dual en su tratamiento, en tanto que para aquellos interesados iniciará su cuenta de dos años desde cuanto tuvo conocimiento del hecho que soporta su pretensión o desde cuando ha debido tenerlo, mientras que para toda persona –incluyendo obviamente los interesados–, iniciará su cuenta desde el momento en que nació el respectivo derecho.

Son dos las diferencias que marcan la prescripción ordinaria y la extraordinaria. De un lado los titulares y del otro el punto de partida de su conteo.

Con respecto a lo primero, ¿cómo debe entenderse la expresión “el interesado”? El interesado es aquel que posee un interés. Se trata de una persona que detenta el ejercicio de un potencial derecho. Es un sujeto de derecho poseedor de la posibilidad de acudir ante la jurisdicción en defensa o protección de un derecho suyo reconocido por el orden jurídico, esto es por la ley o el contrato de seguro.

Debe tratarse, como lo afirma el tratadista Hernan Fabio López, de un interés directo y de contenido económico. Serán entonces interesados, al tenor de los artículos 1037 y 1080, como también respecto de cualquier persona diferente que hubiere adquirido un derecho, sea por virtud de un contrato –p.ej., para el recaudo de las primas–, o bien por razón de sucesión personal o societaria.

Respecto de la circunstancia desde la cual inicia el conteo bianual, el hecho que da base a la acción -debe entenderse a la pretensión, pues la acción hace referencia al derecho para acudir ante los jueces, para plantear una pretensión mediante una demanda-, consiste en aquel supuesto fáctico del cual se deduce el derecho que se pretende proteger, dependerá de quien sea la persona que lo aducirá, sea el tomador, el asegurador, el asegurado o el beneficiario.

La prescripción extraordinaria corre respecto de toda persona, desde el momento en que nace el derecho que se pretende proteger, es decir desde la celebración del contrato. Surge aquí la inquietud de saber, si el tomador, asegurador, asegurado y beneficiario, son personas, debe entenderse que caben dentro de la hipótesis legal. Si cabrían, pero tal circunstancia es una de las que generan confusión en el actual régimen de la prescripción.

El término de toda persona, de todas maneras, no es que agregue mucho, pues quienes podrán acudir al juez son aquellas personas que demuestren un interés, quienes serán los descritos en precedencia.

12. Naturaleza del contrato de seguro para entidades públicas

En tratándose de los contratos de seguro en los que intervienen las entidades estatales, habría que definir cuál su naturaleza, si estamos ante un contrato estatal o no, precisamente para determinar la aplicación del régimen de contratación pública.

Cuando la entidad pública figura como tomador del contrato de seguro, es decir, como una de las partes del contrato de seguro, no existe ningún tipo de duda respecto de la catalogación del contrato como estatal. Al tenor del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son

contratos estatales todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo se incluyeron allí. Con base en esa consideración legal, el contrato de seguro resultará estatal por la razón que ha sido celebrado por una entidad estatal.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, con base en lo señalado en el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, si bien los contratos de seguros en los que una entidad pública es el tomador son estatales, la normatividad a la cual se sujetan estos negocios jurídicos es la comercial, prevista en los artículos 1036 y siguientes del estatuto mercantil.

En aquellos casos en que la entidad pública figura como asegurado o como beneficiario, y no como tomador, existen varias posiciones respecto de su denominación de contrato estatal, precisamente porque quien lo celebra no es una entidad estatal, al tenor de la exigencia del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En criterio del autor de estas líneas, por virtud de los principios de la Ley 80, no podría apelarse así este tipo de contratos, pues el criterio legal que se tomó para tal consideración fue el de la calidad de las partes, y aquí ni tomador ni asegurador, son entidades estatales.

No obstante lo anterior, en reciente providencia⁴⁵, que todavía genera mucha discusión, la Sección Tercera del Consejo de Estado acaba de calificarlos como contratos estatales. Incluso se llegó a crear una fórmula denominada del “tomador provisional” y a calificar de parte a la entidad pública en los contratos de seguro de cumplimiento. El Consejo de Estado concluyó que:

“De esta manera, se tiene entonces que en los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de otros contratos estatales, en cuanto medie la aprobación que la entidad estatal contratante haya impartido a los términos de la póliza expedida por la compañía aseguradora –aprobación que constituye requisito legal para que pueda darse inicio a la ejecución del contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (artículo 41, Ley 80)-, en modo alguno puede admitirse que a la respectiva entidad estatal contratante se la califique como un tercero, ajeno por completo al referido contrato de seguro de cumplimiento, puesto que queda visto que con ocasión de la aceptación o ratificación que ella imparte a la estipulación que la aseguradora ha realizado en su favor, i) aquella asume directamente la condición de parte dentro del correspondiente contrato de seguro; ii) porque de todas maneras resulta claro que la entidad estatal contratante es la verdadera titular del riesgo asegurable y, por ende, le corresponde la posición del asegurado y, además, iii) porque en todo caso se tiene que la aceptación o ratificación que la entidad estatal contratante imparte a la estipulación de la aseguradora configura una relación contractual que erige a aquella en la única legitimada para exigirle a la aseguradora el pago de las obligaciones indemnizatorias, en los eventos en que acaezca el respectivo siniestro.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 30 de enero de 2008, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 32.867

“Como se puede apreciar, cuando la entidad estatal contratante aprueba o ratifica el correspondiente contrato de seguro de cumplimiento, el mismo, en cuanto conste por escrito, corresponderá a la clasificación de los contratos estatales, de conformidad con las exigencias del criterio subjetivo u orgánico adoptado por la Ley 80 como elemento diferenciador específico de esa clase de contratos, en la medida en que aquella estará directamente vinculada a ese contrato de seguro de cumplimiento como titular de uno de sus extremos, sin que ello signifique, dadas las especialísimas características que individualizan a esta clase de contratos de seguros, que a la entidad estatal le corresponda cumplir con las obligaciones propias de cualquier tomador ordinario como las de declarar el estado del riesgo (artículo 1058 C. de Co.), pagar la prima (artículo 1066 C. de Co.), mantener el estado del riesgo (artículo 1060 C. de Co.), notificar sobre circunstancias sobrevivientes que agraven o varíen el riesgo (artículo 1066 C. de Co.), dar aviso del acaecimiento de un siniestro (artículo 1075 C. de Co.), etc., como tampoco cabe en esta relación la revocatoria del seguro por voluntad de la aseguradora (artículo 1071 C. de Co.).”

Y a partir de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado arribó a la consideración que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer de los procesos ejecutivos fundados en un título ejecutivo derivado de un contrato de seguro de cumplimiento de entidades estatales.

En mi criterio, reitero, no puede calificarse como estatal el contrato de seguro en que alguna de las partes (tomador y asegurador) no sea una entidad estatal. Ello no es óbice para que en aquellos negocios jurídicos en los que figura como asegurado y/o beneficiario una entidad estatal, ésta posea una serie de prerrogativas públicas para utilizar por virtud de la ley. Para los efectos prácticos será lo mismo calificar o no un contrato de seguro como contrato estatal, pues la entidad pública asegurada podrá disponer de sus poderes exorbitantes para lograr la declaratoria de siniestro, entre otras facultades.

TIPOS DE POLIZAS QUE DEBEN ADQUIRIR LAS ENTIDADES ESTATALES

El patrimonio público, esto es el conjunto de bienes, de recursos públicos e intereses patrimoniales del Estado, que se encuentran en cabeza y bajo la titularidad de las diversas entidades estatales, constituye un derecho colectivo de la Nación, además de tratarse del medio idóneo para cumplir con las tareas para la satisfacción del interés de la comunidad.

Precisamente por esa razón, una tarea inexcusable de todo servidor público es propender por la protección de ese patrimonio público, y expresado en los bienes, recursos e intereses patrimoniales de las entidades estatales. En ese sentido, se encuentran contemplados como deberes de los servidores públicos, dentro del artículo 34 del Código Disciplinario Único, los siguientes:

“4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

“5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.

“21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

“22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.”

Y constituyen faltas gravísimas de los servidores públicos, según el artículo 48, los siguientes comportamientos:

“3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

“Incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga.

“21. Autorizar o pagar gastos por fuera de los establecidos en el artículo 346 de la Constitución Política.

“22. Asumir compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible de apropiación o que afecten vigencias futuras, sin contar con las autorizaciones pertinentes.

“23. Ordenar o efectuar el pago de obligaciones en exceso del saldo disponible en el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC).

“24. No incluir en el presupuesto las apropiaciones necesarias y suficientes, cuando exista la posibilidad, para cubrir el déficit fiscal, servir la deuda pública y atender debidamente el pago de sentencias, créditos judicialmente reconocidos, laudos arbitrales, conciliaciones y servicios públicos domiciliarios.

“25. No adoptar las acciones establecidas en el estatuto orgánico del presupuesto, cuando las apropiaciones de gasto sean superiores al recaudo efectivo de los ingresos.

“26. No llevar en debida forma los libros de registro de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos, ni los de contabilidad financiera.

“27. Efectuar inversión de recursos públicos en condiciones que no garanticen, necesariamente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

“28. No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales del sistema integrado de seguridad social, o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.

“29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

“31. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

“32. Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.

“34. No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

“43. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas.

“63. **No asegurar por su valor real los bienes del Estado ni hacer las apropiaciones presupuestales pertinentes.**” (Resaltado ajeno al texto)

Téngase en cuenta, particularmente, la falta disciplinaria identificada con el número 63, en donde se está obligando, so pena de incurrir en falta disciplinaria, que se aseguren por sus valores reales los bienes del Estado y que se realicen todas las gestiones para llevar a cabo esta labor de aseguramiento.

En aras de cumplir con esa fundamental tarea de protección del patrimonio público, las entidades estatales deben realizar todas las gestiones para efectuar:

- El inventario de bienes, recursos e intereses patrimoniales de la entidad;
- La identificación de los riesgos de pérdida o detrimento que pueden afectar a esos bienes, recursos e intereses patrimoniales
- El proceso de selección del intermediario de seguros que asesorará a la entidad para la contratación de los seguros
- Los procesos de licitación pública para contratación de los seguros

- Con base en los estudios de riesgos, se examinarán las potencialidades de detrimento o de pérdida de los bienes, con el fin de determinar qué amparos de seguros será menester adquirir.
- Seguros de daños: dirigidos a la protección de bienes específicos, muebles e inmuebles, respecto de riesgos tales como incendio, terremoto, anegación, caída de objetos, hurto, hurto simple, etc., que generalmente se agrupan bajo un amparo integral de daños materiales.
- Seguros para los vehículos automotores, naves y aeronaves: existen pólizas específicas dirigidas, no solamente a dar una protección respecto de los daños materiales del bien, sino a proteger la responsabilidad en que podría verse involucrada la entidad pública con ocasión de la utilización de tales vehículos.
- Seguros de responsabilidad civil extracontractual: Buscan precaver las acciones en que se vean involucrados los servidores públicos y/o contratistas, con ocasión de sus actividades, y por virtud de las cuales el patrimonio de la entidad se podría ver disminuido por reclamaciones de terceros.
- Seguros de manejo e infidelidad de empleados: Este tipo de pólizas busca la protección del patrimonio público, derivado de actos deshonestos de servidores públicos, por virtud de conductas dolosas, culposas, realización de delitos, particularmente aquellos que tienen que ver con manejo de dinero en efectivo, cheques, títulos valores.
- Seguros de manejo y responsabilidad de directores: Esta cobertura busca amparar las decisiones tomadas y ejecutadas por el personal directivo de las entidades públicas, que puedan conducir a un demérito del patrimonio de la entidad.
- Seguros de cumplimiento: Son aquellos que tienen que aportar los contratistas del Estado para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, y que según el tipo de contrato, de acuerdo con el Decreto 4828 de 2008, deberán contener los siguientes amparos: Seriedad de la propuesta; buen manejo y correcta inversión del anticipo; pago anticipado, cumplimiento del contrato; pago de salarios y prestaciones sociales; estabilidad y calidad de la obra; calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados; calidad del servicio; responsabilidad extracontractual frente a terceros y con ocasión de la ejecución del contrato estatal.
- Seguros de vida de empleados: Considerando que el ejercicio del servicio público puede comprometer la seguridad de los servidores, y podrá exponer a riesgos contra la vida a su personal, la entidad pública debe contratar un seguro de vida y lesiones personales para protegerlos, con el fin de que, producido un evento de semejante gravedad, los familiares del servidor público afectado puedan contar con un mecanismo de reparación, así como que el patrimonio de la entidad pública no se vea disminuido por el advenimiento de esa calamidad.

Bajo este panorama de posibilidades, y con el acompañamiento del intermediario de seguros, que de conformidad con el Estatuto Contractual de la Administración Pública, debe ser contratado para la asesoría en esta materia, cada entidad pública deberá organizar su portafolio de seguros y contratar mediante un proceso de licitación pública a la compañía de seguros que le brinde las mejores condiciones de asegurabilidad.

Por tal razón, para realizar a cabalidad esta tarea, importa realizar el inventario de bienes, recursos públicos e intereses patrimoniales de la entidad y el análisis pormenorizado de

los riesgos a los cuales se verán sometidos, con el fin de contratar los seguros de daños, de patrimonio o seguros de personas, que protejan adecuadamente el patrimonio de la entidad.

Cuestionario semana III

1. Según el artículo 1036 del Código de Comercio, son características del contrato de seguro:

- a) **Consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.**
- b) Consensual, unilateral, aleatorio y de tracto sucesiva.
- c) Consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución instantánea
- d) Consensual, bilateral, gratuito, aleatorio y de ejecución sucesiva.

2. Son elementos del seguro

- a) el interés asegurable
- b) la prima o precio del seguro
- c) el riesgo asegurable
- d) la obligación condicional del asegurador
- e) **todas las anteriores**

3. El asegurador, persona que, por cuenta propia o ajena, traslada jurídicamente los riesgos

VERDADERO
FALSO

4. El tomador es la persona que asume el traslado jurídico de los riesgo

VERDADERO
FALSO

5. Con ocasión del contrato de seguro, la compañía aseguradora asumirá las consecuencias económicas derivadas de la realización de los riesgos, para mantener indemne –en las condiciones previamente convenidas al asegurado y/o beneficiario.

VERDADERO
FALSO

6. Para que una sociedad pueda constituirse como compañía o cooperativa de seguros en Colombia, debe

- a) Poseer un objeto social exclusivo, consistente en la realización de operaciones de seguro bajo las modalidades y ramos facultados expresamente,

- b) Adquirir personalidad jurídica en el territorio nacional
- c) Poseer al momento de constitución un capital mínimo
- d) **Todas las anteriores.**

7. Es requisito de acceso a la actividad aseguradora la autorización impartida por la Superintendencia Financiera, por ser esta entidad quien aprueba u objeta las solicitudes formuladas con dicha finalidad.

VERDADERO
FALSO

8. El riesgo es el suceso incierto que depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario

VERDADERO
FALSO

9. Los seguros de daños brindan una protección contra los perjuicios patrimoniales, bien sea respecto de cosas o bienes específicos propiamente dichos, sea respecto de la masa patrimonial en su conjunto.

VERDADERO
FALSO

10. Los seguros patrimoniales son aquellos que versan específicamente sobre bienes muebles o inmuebles, determinadas o determinables, en donde el valor asegurado no podrá superar el valor mismo de las cosas aseguradas.

VERDADERO
FALSO

11. En casos excepcionales la indemnización excederá el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro sufrido por el asegurado o beneficiario.

VERDADERO
FALSO

12. El seguro patrimonial 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.

VERDADERO
FALSO

13. La póliza de seguros constituye una pieza clave en el cobro de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro

VERDADERO
FALSO

14. En la póliza automática se conviene el aseguramiento de determinados bienes, pero por razón del tipo de industria o comercio, o en el transporte de mercancías, los bienes referidos circulan permanentemente.

VERDADERO
FALSO

15. La póliza específica es aquella en donde los bienes o patrimonio asegurados están determinados con suma precisión desde la celebración del contrato.

VERDADERO
FALSO

16. Las pólizas flotantes son aquellas en donde la cesión del contrato producirá efectos respecto del asegurador, apenas con el simple endoso.

VERDADERO
FALSO

17. La póliza nominativa es aquella en donde la cesión del contrato solamente producirá efectos si el asegurador la aceptó previamente.

VERDADERO
FALSO

18. El infraseguro ocurre cuando el aseguramiento de un bien se realiza por debajo de su verdadero valor, y por ende, la prima cancelada fue inferior al riesgo asumido.

VERDADERO
FALSO

19. La definición “el aseguramiento de un bien por un valor superior también se censura por parte del derecho de los seguros, precisamente porque lo que se busca con esta institución es el mantenimiento de las circunstancias del asegurado, es decir que éste no sufra con los efectos negativos de los siniestros”, corresponde al término de supraseguro

VERDADERO
FALSO

20. Se habla de coexistencia de seguros, cuando se presenta

- a) Diversidad de aseguradores
- b) Identidad de asegurado
- c) Identidad de interés asegurado
- d) Identidad de riesgo.
- e) Todas las anteriores**

Glosario de términos semana III

ASEGURADO persona natural o jurídica, titular de un interés jurídico, que con ocasión de un siniestro podría verse afectada por un perjuicio patrimonial

ASEGURADOR, persona que asume el traslado jurídico de los riesgos

BENEFICIARIO, persona que estará legitimada para recibir de la compañía aseguradora la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro. Es la persona a quien le corresponde el derecho a recibir la indemnización derivada del contrato de seguro.

INFRASEGURO ocurre cuando el aseguramiento de un viene se realiza por debajo de su verdadero valor, y por ende, la prima cancelada fue inferior al riesgo asumido. Para Rubén Stiglitz, “El infraseguro implica que el contrato ha sido celebrado por una suma inferior al valor real y actual del objeto sobre el que se asienta el interés asegurado

INTERÉS ASEGURABLE es la relación económica que puede verse afectada por la realización de uno o varios riesgos. Al tenor del artículo 1083, en los seguros de daños, tendrá interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización del riesgo.

PATRIMONIO PÚBLICO, es el conjunto de bienes, de recursos públicos e intereses patrimoniales del Estado, que se encuentran en cabeza y bajo la titularidad de las diversas entidades estatales, constituye un derecho colectivo de la Nación, además de tratarse del medio idóneo para cumplir con las tareas para la satisfacción del interés de la comunidad.

PÓLIZA AUTOMÁTICA: Se utiliza fundamentalmente en el ramo de transporte y otorga un amparo respecto de todos los envíos llevados a cabo durante un lapso de tiempo. En estos casos, el asegurador no necesariamente habrá sido notificado de un embarque. La estimación del valor de la prima dependerá de los trayectos efectivamente realizados y el valor de los mismos, más los fletes, gastos y bodegaje.

PÓLIZA DE SEGUROS, no solamente es importante para determinar todas las condiciones de aseguramiento convenidas entre tomador y la compañía aseguradora, sino también constituye una pieza clave en el cobro de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro.

PÓLIZA ESPECÍFICA: Es aquella en donde los bienes o patrimonio asegurados están determinados con suma precisión desde la celebración del contrato.

PÓLIZA FLOTANTE: En la póliza se conviene el aseguramiento de determinados bienes, pero por razón del tipo de industria o comercio, o en el transporte de mercancías, los bienes referidos circulan permanentemente. En este caso, los bienes inicialmente asegurados, luego no están, pues son reemplazados por otros. Para evitar que esta circunstancia afecte el contrato, se establece por las partes que se considerarán asegurados los bienes de semejantes características que se encuentren en los lugares asegurados. El valor de la prima se determina sobre los valores de los bienes que efectivamente se encuentren dentro del establecimiento asegurado.

PÓLIZAS A LA ORDEN: aquellas pólizas en donde la cesión del contrato producirá efectos respecto del asegurador, apenas con el simple endoso.

PÓLIZAS NOMINATIVAS: Aquellas pólizas en donde la cesión del contrato solamente producirá efectos si el asegurador la aceptó previamente.

PRIMA es el precio en el contrato de seguro, es decir la contraprestación económica frente a la asunción del riesgo por la compañía aseguradora. La determinación de la prima en el contrato de seguro responde a una serie de cálculos actuariales, de determinación de costos comerciales y administrativos, por parte de la compañía, que responden a una serie de factores endógenos de los riesgos propiamente dichos, y otros componentes ajenos a ellos, pero que para efectos de la operación, importa tener en cuenta.

PRINCIPIO INDEMNIZATORIO, que pretende colocar al asegurado y/o beneficiario en las mismas condiciones en que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro. Es decir que el contrato de seguro no puede constituirse en una fuente de enriquecimiento para el asegurado y/o beneficiario, y para garantizar esta máxima, se construyeron las figuras del infraseguro y del supraseguro

RIESGO es “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario”, con el aditamento que, según el artículo 1127 del estatuto mercantil, se permite el amparo del riesgo denominado “culpa grave”. Al aceptar la culpa grave, se admite que el riesgo puede depender de la conducta del tomador o del asegurado, en determinados casos, particularmente en los seguros de responsabilidad civil.

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.

SEGURO operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística

SEGUROS DE DAÑOS brindan una protección contra los perjuicios patrimoniales, bien sea respecto de cosas o bienes específicos propiamente dichos, sea respecto de la masa patrimonial en su conjunto.

SEGUROS PATRIMONIALES están dirigidos a la protección de la integridad del patrimonio de una persona, que puede expresarse sea respecto de una disminución del activo o de un aumento del pasivo

SUPRASEGURO, es decir el aseguramiento de un bien por un valor superior también se censura por parte del derecho de los seguros, precisamente porque lo que se busca con esta institución es el mantenimiento de las circunstancias del asegurado, es decir que éste no sufra con los efectos negativos de los siniestros.

TOMADOR, persona que, por cuenta propia o ajena, traslada jurídicamente los riesgos

Bibliografía

- http://www.umng.edu.co/documents/63968/72401/articulo2_pdf.pdf
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisiur/normas/Norma1.jsp?i=225>
- https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=ria&uact=8&ved=0CDEQFjAD&url=http%3A%2F%2F190.24.134.67%2Fsentencias%2FACCION%2520POPULAR%2F2010%2F05001-23-31-000-2006-04776-01%2528AP%2529.doc&ei=Nyh2VK2OMoOfNpizAw&usq=AFQjCNESyyEvx3TN-Ue69MG3qWgn5_pvw
- <http://www.culturarecreacionydeporte.gov.co/portal/sites/default/files/6.%20Patrimonio%20como%20politica%20publica.pdf>
- <http://www.gerencie.com/caracteristicas-del-contrato-de-seguro.html>
- <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis42.pdf>
- http://vlexmarketing.s3.amazonaws.com/centro_ayuda/El_Contrato_de_Seguro.pdf
- <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=ria&uact=8&sqj=2&ved=0CFAQFjAH&url=https%3A%2F%2Fwww.superfinanciera.gov.co%2FSFCant%2FNormativa%2Fdoctrinas1994-8%2F1997009656.doc&ei=-yh2VKWPNYKpgwTOv4TQBQ&usq=AFQjCNG6FyzZ4oEvr - 1HZYNhtq2P0joCA>

- <http://www.acegroup.com/co-es/assets/abc-del-seguro-spanish.pdf>
- <http://www.seguros-seguros.com/contrato-de-seguros.html>
- <http://segurodecocheymas.wordpress.com/2007/07/07/el-infraseguro-y-otros-conceptos-basicos-del-seguro/>
- <http://www.anudaseguros.es/el-infraseguro-el-sobreseguro-y-la-regla-proporcional/>
- <http://dtoriob.wordpress.com/2010/11/07/infraseguro-%C2%BFquien-pierde-mas/>
- <http://seguros.elcorteingles.es/el-seguro/interes-asegurable-infraseguro-y-sobreseguro.aspx>

Introducción semana IV

Ahora sí, luego de pasar por las generalidades del proceso de responsabilidad fiscal y del contrato de seguro nos detendremos a analizar la razón de la vinculación de las compañías aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal como terceros intervinientes, toda vez que este hecho es necesario en procura de principio de economía procesa, con el fin de asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma luego de la culminación de proceso de responsabilidad fiscal (Corte Constitucional Sentencia C-735 del 2003).

Posteriormente, se señalaron las condiciones para la declaratoria de responsabilidad fiscal respecto de las compañías aseguradoras entre las cuales se encuentran la presencia de los elementos de la responsabilidad fiscal, la existencia de un contrato de seguro válidamente celebrado y que cubra los riesgos por cuya responsabilidad fiscal se está demandando y la vinculación de la compañía de seguros dentro del término de prescripción del contrato de seguro.

Objetivos semana IV

1. Identificar la importancia del aseguramiento de los riesgos con incidencia en la gestión fiscal.
2. Conocer el proceso de vinculación de las compañías de seguros al proceso de responsabilidad fiscal
3. Reconocer que las compañías aseguradoras tienen derecho a ejercer su defensa dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

4. Señalar la vigencia del seguro, los amparos otorgados, los valores asegurados, el pago de la indemnización
5. Determinar las condiciones para la declaratoria de la responsabilidad fiscal de las compañías aseguradoras

Temática semana IV

LA RELACION ASEGURATIVA Y EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

1. El aseguramiento de los riesgos con incidencia en la gestión fiscal

Lo primero que debe quedar claro es que no puede hablarse del aseguramiento de riesgos de la gestión fiscal, propiamente dicho. Salvo que se trate de hacer referencia a los riesgos derivados de la actividad fiscal o de los riesgos del ejercicio en la tramitación de los procesos de la responsabilidad fiscal. Si podrían asegurarse este tipo de actuaciones públicas, en la medida en que busquen precaverse de los efectos negativos de las fallas en el ejercicio del control fiscal.

En segundo lugar, lo que sucede en la práctica es que las entidades públicas cubren, directa o indirectamente, los diversos riesgos relativos a sus actividades, mediante diferentes esquemas, entre ellos los contratos de seguros, para reducir las posibilidades de pérdida o de demérito del patrimonio público. Cuando una entidad estatal asegura sus bienes o su patrimonio, respecto de uno o varios riesgos, está llevando a cabo una importante actividad preventiva.

La labor de las autoridades fiscales en el ámbito de la responsabilidad fiscal es la protección y restablecimiento del patrimonio público, cuando la actuación de los servidores o exservidores públicos, o bien algunos particulares, por acción o por omisión, conducen a una pérdida o demérito. En tales hipótesis, se inician los procesos de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, en algunos casos, las autoridades públicas podrán encontrarse que frente a las circunstancias de la responsabilidad fiscal, las entidades públicas o los mismos servidores cuentan con mecanismos de aseguramiento, concebidos para la protección del patrimonio público. Las entidades públicas acuden, como se dijo, directa o indirectamente a la institución del contrato de seguro para minimizar las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del ejercicio de sus labores o de las circunstancias del entorno, y en la medida en que existen esos mecanismos de garantía, las autoridades de control –particularmente en este caso las contralorías-departamentales o la General de la República-, podrán exigir el restablecimiento patrimonial respecto de las compañías aseguradoras, precisamente por la trascendencia que posee esa universalidad pública como es el patrimonio de las diferentes instituciones públicas y por la existencia de un negocio jurídico asegurativo.

Por esta razón, el término adecuado que debe utilizarse es el aseguramiento de los riesgos con incidencia en la gestión fiscal, precisamente porque las garantías brindadas por las compañías aseguradoras respecto de intereses públicos de entidades oficiales,

pueden tener una incidencia fiscal, sea en el proceso de responsabilidad fiscal, ora en el proceso de ejecución coactiva.

Las entidades públicas intervienen en el contrato de seguro, bajo dos modalidades: Contratos en los que asumen la condición de tomador, asegurador y/o beneficiario, y aquellos en que no son parte, pero gozan de la categoría de asegurados y/o beneficiarios.

Respecto de los primeros, se trata de la hipótesis en que las autoridades públicas aseguran sus propios bienes o patrimonio, tales como los seguros de daños (para cubrir los riesgos de hurto, incendio, anegación, terremoto) en los cuales el interés asegurable está dirigido hacia la protección de determinados bienes, o bien seguros patrimoniales, dirigidos a la protección del patrimonio de la entidad, como universalidad que es, como por ejemplo los seguros de responsabilidad civil extracontractual, o las pólizas de manejo y fidelidad de servidores.

En este tipo de negocios asegurativos, su celebración se desarrolla, según las disposiciones de la Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y demás disposiciones, por medio de procesos de selección objetiva, y en muchos de ellos con la intervención de un intermediario de seguros que asesora a la entidad pública.

En segundo término, se encuentran los contratos de seguros, en los que las entidades públicas figuran como aseguradas y beneficiarias, como son todas aquellas hipótesis derivadas de la contratación estatal, en donde se exigen garantías específicas, como por ejemplo los seguros de cumplimiento y los seguros de responsabilidad civil extracontractual para garantizar el pago de los perjuicios que se pudieren ocasionar a los terceros con ocasión de la ejecución de un contrato estatal. En ambas circunstancias, el tomador es el contratista, pero el asegurado y beneficiario, la entidad pública. A pesar que el artículo 15 de la Ley 1150, que modificó el parágrafo primero del artículo 32 de la Ley 80, dispuso que los contratos de seguro seguirían rigiéndose por las disposiciones legales y reglamentarias de tales actividades, es necesario destacar que existirán algunas de las disposiciones del Estatuto de Contratación Pública, particularmente en lo que atañe con la declaración de siniestro. Sobre esta modalidad, es preciso tener en cuenta la existencia de una precisa y detallada regulación prevista en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 4828 de 2008. Para este tipo de contratos de seguros, se permitió la declaratoria de siniestro por acto administrativo.

2. Vinculación de las compañías de seguros al proceso de responsabilidad fiscal

Cuando la entidad figura como tomador, asegurado y beneficiario, en caso de siniestro, tendrá que acudir inicialmente por medio de la reclamación extrajudicial prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio. Si la compañía aseguradora no realiza el pago solicitado, la entidad pública tendrá que acudir a la jurisdicción, mediante una demanda, para obtener el restablecimiento patrimonial.

Bajo la segunda de las modalidades explicadas, esto es, cuando ocurre un siniestro respecto de las pólizas de garantía de cumplimiento de un contrato estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, la entidad pública podrá declarar el siniestro, requerir el pago de la indemnización a la compañía de seguros, mediante la expedición de actos administrativos, garantizando el debido proceso. Se trata del

ejercicio de una potestad excepcional que gozan las entidades públicas de declarar, por sí y ante sí, la responsabilidad de un contratista y de exigir el pago de una indemnización derivada de la existencia de un contrato de seguro.

En la medida en que las entidades públicas están llamadas a la realización del interés general, y que sus actuaciones deben revestirse de 'auctoritas', a más del marco general anterior, el legislador organizó el proceso de responsabilidad fiscal para la protección del patrimonio público como mecanismo para cumplir con su finalidad.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-735 de 2003, destacó la razón de la vinculación de la compañía de seguros como tercero civilmente responsable, en los siguientes términos:

“Así como ya lo explicó la Corte, cuando el Legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal lo que está haciendo es atender el principio de economía procesal para asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma 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.

“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, que en ejercicio de su potestad de configuración legislativa bien podía adoptar el Congreso por estar ella íntimamente relacionada con el cumplimiento de los objetivos del juicio fiscal que regula la Ley 610 de 2000.”

Así las cosas, con ocasión de los procesos de responsabilidad fiscal iniciados por los organismos de control, éstos pueden disponer la vinculación de las aseguradoras como terceros civilmente responsables, respecto de todos aquellos contratos de seguro en los que una entidad estatal aparezca como tomadora, asegurada o beneficiaria. En efecto, la vinculación de las aseguradoras a los citados procesos puede presentarse no solamente respecto de los seguros de cumplimiento que garantizan contratos estatales, o en las pólizas de seguro de manejo que garantizan los perjuicios o el detrimento patrimonial que los servidores públicos pudieran ocasionar al patrimonio público en el desempeño de sus funciones, sino también en las hipótesis de los seguros de daños y seguros patrimoniales, y hasta en los seguros de personas, eso sí con la condición que en la póliza figure la entidad estatal como asegurada o beneficiaria.

Según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, cuando el presunto responsable fiscal, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por contrato de seguro, la autoridad fiscal deberá vincular a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable. Se observa el carácter perentorio e imperativo del mandato legal “se vinculará”, con lo cual es deber de la entidad de control fiscal disponer la vinculación de la aseguradora, a título de tercero civilmente responsable y con todas las garantías de defensa como si se tratara del directamente investigado.

La vinculación se surtirá, como dice la norma, 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. Este acto administrativo puede hacer las veces de aviso del siniestro (art. 1075 del C.Co.) En este momento se impone una especial reflexión respecto del llamado de la compañía de seguros, precisamente porque no bastaría la simple existencia de un contrato de seguro para efectuar tal vinculación, sino que es menester examinar las circunstancias específicas del aseguramiento para determinar si puede derivarse una responsabilidad contractual de la aseguradora o no. Y aquí un simple ejemplo: el patrimonio de la entidad pública se encuentra protegido respecto de diversos riesgos extracontractuales con un contrato de seguro de la compañía ALFA. Se produjo una pérdida patrimonial. En principio se podría decir que existe el contrato de seguros, habría que vincular a la aseguradora; sin embargo al examinar las circunstancias específicas, se determina que la pérdida ocurrió antes de la entrada en vigencia del contrato de seguro. En este caso, no habría razón para vincular a la compañía de seguros.

Claro, existirán muchos eventos en donde no es fácil, de manera a priori, determinar las circunstancias específicas del aseguramiento, lo que deberá conducir a la vinculación de la aseguradora, y en el curso del proceso de responsabilidad fiscal se determinará si ella debe responder o no. Pero lo que quiero llamar la atención es que cuando se puedan comprobar que las compañías de seguros no tienen ninguna responsabilidad, no hay razón para que vincularlas al proceso.

Ahora bien, cuando se debe vincular a la compañía de seguros a un proceso de responsabilidad fiscal. Después de iniciada la indagación preliminar, cuando se acredite en el expediente la existencia del contrato de seguro dirigido a proteger el bien público, el patrimonio público, o el patrimonio del servidor público respecto de sus actuaciones. Tiene que efectuarse, de todas maneras, dentro del término fijado por el artículo 45 de la Ley 610 de 2000⁴⁶.

En ese momento, se expedirá un acto administrativo de vinculación, en el que se expresarán las razones del llamado, y se le comunicará con copia del auto de apertura del proceso. Entonces, será menester comunicar a la compañía de seguros ambas situaciones, tanto el auto de apertura del proceso y el auto ordenando su vinculación.

La naturaleza de su vinculación, esto es bien importante, tiene que ser en calidad de tercero civilmente responsable, como lo dice la norma, y no como responsable directo: Sobre el particular, el concepto EE 17323 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la Nación del 1° de abril de 2005, dijo:

“4.2 De acuerdo con las consideraciones precedentes, podría sostenerse que por regla general, la compañía de seguros no se vincula exactamente por la figura del proceso de responsabilidad fiscal en carácter de responsable fiscal, de manera solidaria, sino garante, tercero civilmente responsable.”

Y agrega el concepto, otra hipótesis diferente, cual sería en el que la aseguradora fuere directamente responsable:

⁴⁶ ARTICULO 45. TERMINO. El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.

“No obstante, si dentro del curso del proceso de responsabilidad fiscal, con base en el material probatorio en el mismo, puede atribuirse a una compañía de seguros los elementos que integran la responsabilidad fiscal, previstos en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, su vinculación sería en tal carácter, siendo posible que se presente en forma solidaria con uno o más implicados”

3. Derecho de defensa de las aseguradoras

Una vez vinculada como garante la compañía de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, tendrán en el curso del proceso los mismos derechos como el presunto responsable –considerado como demandado directo, es decir que podrá solicitar pruebas, participar en su práctica, llevar a cabo su contradicción, interponer respecto de las diversas providencias tales como el fallo de responsabilidad fiscal, contra el que caben los recursos de reposición y de apelación.

Insisto en que así como deberá vincularse al proceso a una compañía de seguros cuando se evidencie que ampara pérdidas del patrimonio público, deberá examinarse con detenimiento y considerando todos los elementos del negocio jurídico asegurativo, para determinar si por virtud de ese contrato de garantía, se puede ordenar a la aseguradora el pago de la indemnización. Y esto lo digo para evitar que se produzcan decisiones injustas que no consulten la realidad de la relación asegurativa y las disposiciones que lo regulan.

La propia Contraloría General de la República, por medio de su Oficina Jurídica, en concepto EE62752 del 5 de diciembre de 2006, reiteró los derechos y facultades que poseía la compañía de seguros:

“En el caso del proceso de responsabilidad fiscal la pretensión frente al garante es sobre la cobertura, vigencia y demás elementos del contrato de seguro. Las excepciones a la misma pueden darse desde la crítica al acontecimiento del siniestro, la existencia del daño, hasta el deber de resarcimiento por parte del eventual responsable. Posteriormente, el garante tiene frente al procesado y responsabilizado la acción de regresión, que se adelantará ante las instancias civiles correspondientes. De esta manera, el garante se convierte en un defensor más de los intereses del procesado, ya que de verse condenado éste, necesariamente responderá patrimonialmente aquel. Es esto lo que explica que el legislador le haya dado al garante los mismos derechos y facultades del principal implicado”

Y sobre este particular, importa traer a colación la expresión del Dr. Cesar Núñez, conecedor de esta temática por razón de su reconocido ejercicio profesional, en un encuentro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE, cuando recordó los problemas que se presentaban por razón del desconocimiento de la normativa de seguros por parte de las autoridades fiscales:

“Pero lo que ocurre es que el derecho de defensa desde el punto de vista del derecho sustancial, 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,

llevándolas de buena fe a cometer errores de interpretación del contrato y de la ley mercantil de seguro, y por consiguiente condenar a las Aseguradoras por riesgos no cubiertos o condenan al pago acumulado de varios amparos múltiples como es el caso en los seguros de cumplimiento que ordenan pagar acumulado el valor de los amparos de anticipo y cumplimiento, en exceso del valor asegurado al ordenar su indexación cuando la Aseguradora no está, ni ha estado en mora. Aquí es conveniente aclarar que el artículo 53 último Inciso de la Ley 610/2000, ordena que “Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes”. Lo justo, sería que a la Aseguradora debe pagar el valor del daño patrimonial,- partiendo del supuesto que el riesgo está cubierto por la póliza, y condenar y exigir al responsable del detrimento patrimonial hasta el valor asegurado que pague el exceso por indexación.”

Precisamente en este contexto es necesario examinar con detenimiento y reflexión las condiciones del contrato de seguro, mediante la lectura de las condiciones generales y las condiciones particulares.

En especial,

A) Vigencia

Hay que determinar la vigencia del seguro, para verificar si la pérdida ocurrió dentro de ella. La vigencia delimita temporalmente la asunción del riesgo por parte del asegurador, y de tal circunstancia se deducirá si estará obligado al pago de la indemnización, únicamente en el evento en que el siniestro hubiere ocurrido dentro de su vigencia.

Es necesario tener en cuenta, lo señalado en el artículo 1073, para la hipótesis en que el siniestro se inicie en vigencia del amparo pero se consolide o culmine por fuera del marco temporal, el asegurador tendrá que responder. Por el contrario, si el siniestro inició antes de la iniciación del amparo, pero culminó o se consolidó dentro de la vigencia del seguro, la compañía de seguros no tendrá que responder.

El derecho colombiano asumió como principio de indemnización el postulado de la ocurrencia, es decir que para que pueda indemnizarse un siniestro, éste debe ocurrir dentro de la vigencia del contrato de seguro. Sin embargo, para los riesgos de manejo e infidelidad de empleados en donde se permite convenir la cobertura de siniestros ocurridos con anterioridad de la vigencia del contrato, pero descubiertos durante la misma, es decir que se autorizó la posibilidad de convenir la cláusula *claims made*. Sobre este particular debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo cuarto de la Ley 389 de 1997:

“ARTICULO 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.

“Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.”

Se acepta entonces que se convenga entre tomador y asegurador en los ramos de responsabilidad, manejo y riesgos financieros que se indemnicen los siniestros ocurridos con anterioridad a la vigencia del seguro, pero descubiertos dentro de ésta, e incluso los ocurridos durante la vigencia, pero reclamados con posterioridad dentro del término pactado.

En tratándose de los seguros de responsabilidad extracontractual en los que las entidades públicas figuren como asegurados o beneficiarios, el artículo 16 del Decreto 4828 de 2008, dispuso que la delimitación temporal de la cobertura sería la modalidad de ocurrencia, es decir que el siniestro debía producirse dentro de la vigencia de la póliza, y la reclamación podría darse dentro del término de prescripción del contrato de seguro.

B) Amparos otorgados

Es muy importante determinar qué amparos han sido convenidos en el contrato de seguro, para verificar luego si el detrimento del patrimonio público puede referirse a la realización de los riesgos amparados por la compañía de seguros.

Para tales efectos, será menester examinar las condiciones particulares de la póliza, porque en esa parte del contrato se mencionan las coberturas brindadas por la compañía de seguros. Una vez establecidas, debe acudirse a las condiciones generales para verificar la definición de los riesgos, la existencia o no de exclusiones generales, y luego volver a las condiciones particulares para ver si existen exclusiones particulares.

Será necesario verificar también, si hubo pacto de garantías que debía asumir y cumplir el asegurado o beneficiario, pues en veces su no cumplimiento, implicaría restricciones hacia los amparos convenidos.

También debe tenerse extrema prudencia al momento de circunscribir el ámbito de la reclamación, para referirlo hacia los riesgos en los cuales se produjo el siniestro, y no incurrir en equivocaciones frecuentes de ubicar la responsabilidad de las aseguradoras respecto de dos o más riesgos simultáneamente, como por ejemplo ocurre en los seguros de cumplimiento, respecto de los riesgos de buen manejo del anticipo y aquel de cumplimiento del contrato. De igual manera ocurrirá respecto del cumplimiento del contrato.

Téngase en cuenta el riesgo de equivocación que pueden haber tenido las entidades públicas al momento de asegurar los riesgos o al momento de exigir coberturas para sus contratos. Hay que verificar qué tipo de contrato se está amparando, la naturaleza y extensión de las obligaciones. Puede acontecer que estemos ante un contrato de consultoría, en el que se convinieron la entrega de planos y estudios arquitectónicos —y no propiamente la prestación de servicios, como sí ocurre en el contrato de prestación de servicios—, en donde no se podría exigir el amparo de “calidad del servicio”, sino aquel de “calidad de los bienes o elementos suministrados”. Si la entidad pública incurre en esa

equivocación, quedará descubierta frente al riesgo de calidad, porque lo convenido era la entrega de bienes y no la prestación de un servicio.

Estas consideraciones tienen que ser tenidas en cuenta por las entidades de control fiscal en el curso de los procesos de responsabilidad fiscal, porque en tales circunstancias no podrían declarar la responsabilidad de las compañías de seguros, pues en esos eventos no hubo riesgo amparado por virtud del contrato de seguro.

En tales eventos, será menester para la autoridad fiscal determinar con precisión cuál de los riesgos se realizó, para efectos de verificar su cobertura por la póliza, y en caso dado para deducir su valor del riesgo acertado, del riesgo.

C) Valores asegurados

En aras de propender por la justicia y equidad en las relaciones jurídicas, ni las entidades públicas ni las autoridades de control fiscal podrán exigir de las compañías de seguros indemnizaciones por encima de los valores asegurados.

Precisamente en el contrato de seguro se estableció un techo monetario que asumiría el asegurador en caso de siniestro, con el fin, por un lado, de determinar el valor de la contraprestación a la asunción del riesgo, esto es el pago de la prima, y del otro, que la compañía de seguros pueda manejar operativamente los riesgos asumidos y proceder en caso de siniestro al pago de la indemnización.

La autoridad fiscal no podría ir más allá del valor asegurado en la determinación y pago de la compañía aseguradora. Ni siquiera por concepto de indexación.

Además, resulta importante tener en cuenta que la obligación de determinar en el fallo con responsabilidad fiscal la cuantía del daño fiscal, “actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes”, hace referencia exclusivamente al daño fiscal, y no necesariamente coincidirá con la obligación de pago de indemnización de la aseguradora.

En algunas ocasiones, el valor de la pérdida patrimonial exigida a la aseguradora podrá incluir el valor de la indexación siempre que no se supere el valor asegurado, pero cuando se pretenda una indexación por encima del valor asegurado, éste valor se le podrá exigir al responsable del daño pero no a la aseguradora.

D) Pago de la indemnización

Muy importante resulta esta circunstancia, porque puede suceder que con ocasión de la reclamación, judicial o extrajudicial para los seguros tomados por las entidades públicas, o por la declaratoria de siniestro llevada a cabo por la entidad respecto de los seguros de cumplimiento, la compañía hubiere pagado la indemnización derivada del siniestro.

En estas condiciones, no resultaría razonable la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal porque ya cumplió con el cumplimiento de su obligación contractual derivada de la póliza.

Puede suceder que el valor del detrimento patrimonial en un caso dado resulta mayor del valor pagado por la compañía de seguros, precisamente por la limitación que hubiere tenido el valor asegurado.

En este caso, el proceso se tendrá que dirigir a la consecución del pago del responsable, y la compañía de seguros tendrá que ser desvinculada del proceso ó mantenerse en él pero sin una mayor condena

No se puede pretender que, una vez cumplida la obligación de pago de la indemnización, la compañía de seguros realice un pago adicional, precisamente por el cumplimiento del negocio jurídico y porque dentro del contrato de seguro campea el principio indemnizatorio, que impide un enriquecimiento derivado de la relación contractual.

Surgirán las discusiones, eso sí, cuando no se ha efectuado el pago o se ha hecho un pago parcial, sea por razón de la objeción de la reclamación, o fuere porque la aseguradora considera en el curso de la actuación administrativa que no encuentra acreditado el siniestro, o cuando hay discusiones respecto del valor de la indemnización. En estas circunstancias, la vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal resulta procedente.

4. ¿Proceden las medidas cautelares respecto de las compañías de seguros?

La respuesta es negativa. Por virtud de la regulación del artículo 12 de la Ley 610 de 2000, en el proceso de responsabilidad fiscal, las medidas cautelares sobre bienes solamente proceden respecto de la persona presuntamente responsable.

Por tal motivo, la autoridad fiscal solamente podrá decretar este tipo de decisiones precautelativas respecto de los servidores públicos, exservidores, o particulares que estuvieren siendo investigados como directamente responsables del detrimento del patrimonio público.

CONDICIONES PARA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL RESPECTO DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

Vistas las consideraciones anteriores, para efectos de disponer la declaratoria de responsabilidad de la compañía de seguros en un proceso de responsabilidad fiscal, será necesario determinar la existencia de las siguientes condiciones:

1. Presencia de los elementos de la responsabilidad fiscal

En tanto que lo que se pretende con el proceso de responsabilidad fiscal es la protección y restablecimiento del patrimonio público, frente a actuaciones de los servidores públicos o particulares que lo han demeritado, se exige que en el expediente se encuentren presentes y acreditados conforme los medios de prueba todos los elementos de la responsabilidad fiscal señalados por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000: i) Una conducta dolosa o culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; ii) Un daño patrimonial al Estado; iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

2. Existencia de un contrato de seguro válidamente celebrado y que cubra los riesgos por cuya responsabilidad fiscal se está demandando. Tiene que tratarse de un contrato de seguro que ampare los bienes, intereses o patrimonio de la entidad estatal, celebrado por ésta en calidad de tomador, o bien por un tercero y en el que la autoridad pública figure como asegurado y/o beneficiario.

No solamente tiene que considerarse la exigencia del contrato de seguro sino la coincidencia entre las imputaciones de la responsabilidad fiscal y los amparos brindados por la aseguradora.

Además, deben verificarse las condiciones de asegurabilidad (amparos, exclusiones, garantías, valores asegurados), y la vigencia de la póliza de seguros, para determinar si el evento que da lugar a la responsabilidad fiscal fue realizado dentro de la vigencia de la póliza o del tiempo de cobertura.

3. Que la compañía de seguros no hubiere cancelado el valor de la indemnización derivada del siniestro a la entidad pública. Como quedó visto en líneas anteriores, si la compañía de seguros realizó el pago total de la reclamación, no habría posibilidad de exigirle un mayor compromiso, porque ya cumplió con su obligación contractual. Pero si se determina que la aseguradora no ha cancelado la indemnización o que la ha cancelado en forma parcial, existiría legitimación de la autoridad fiscal para convocar y vincular a la compañía de seguros para que realice el pago correspondiente.

4. Que se ordene la vinculación de la compañía de seguros dentro del término de prescripción del contrato de seguro. Y esta condición nos impone no solamente el examen de la prescripción, en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio que ya verificamos, sino también hacerlo al amparo de lo señalado por virtud de la prescripción de la responsabilidad fiscal y la caducidad de la acción.

En los tres institutos, la prescripción del contrato de seguro, la prescripción de la responsabilidad fiscal y la caducidad de la acción fiscal, el transcurso del tiempo es su elemento común.

Del artículo 9 de la Ley 610 de 2000 se observa que los plazos allí establecidos, tanto de prescripción como de caducidad, son más amplios que la prescripción del contrato de seguro:

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

“La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

“El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Este artículo 9° de la Ley 610 de 2000 debe tenerse en cuenta respecto del proceso de responsabilidad fiscal propiamente dicho, es decir para que la autoridad fiscal esté habilitada para iniciar y tramitar el proceso, y para poder proferir un fallo con responsabilidad fiscal, pero respecto del garante contractual, como en este caso es la compañía de seguros, tiene que observarse el término de prescripción del contrato de seguro.

Y este postulado surge, precisamente, de que se trata de una relación jurídica, derivada de un contrato que tiene una regulación legal, y entre ella una norma de prescripción, que se aplica a todo lo que se refiera a ese negocio jurídico.

De lo contrario, de no aplicarse tal parámetro, se estaría en un evento en el que no existiría o no aplicaría la prescripción, circunstancia que para su viabilidad exigiría una disposición legal en ese sentido. Adicionalmente, la participación de la compañía en el proceso de responsabilidad fiscal tiene la naturaleza de garante, y la relación jurídica de garantía, derivada de un contrato de garantía.

Por tal razón, hay que tener en cuenta el mandato del artículo 1081 del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 1081. 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 ingresar en esta temática, debe decirse que la redacción de ese precepto legal ha sido objeto de numerosas críticas y variadas interpretaciones, precisamente por su falta de claridad.

En sentencia del 3 de Mayo del año 2000⁴⁷, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia hizo un examen de la problemática derivada de la relativa oscuridad de la

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de mayo de 2000, proceso ordinario de Maritza Guerrero de Álvarez y Elvira Calderón contra Aseguradora Grancolombiana S.A., M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas

norma, y plasmó una serie de criterios que el intérprete debía considerar para efectos de la aplicación del instituto de la prescripción derivada del contrato de seguro.,

En un aparte, la Corte concluyó que:

“Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria.”

Y agregó la Corte una regla, que creo debe tenerse en cuenta para todos los eventos en que se examine la responsabilidad del garante con ocasión de la responsabilidad fiscal, y es que cada caso debe examinarse con referencias a sus precisas circunstancias, con el fin de determinar cuál será la prescripción que debe aplicarse.

“No puede predicarse entonces de manera general, cual lo hizo erróneamente el Tribunal, que en todas las acciones derivadas del contrato de seguro o de la ley, el término de prescripción ordinario y extraordinario tenga como punto común de partida ‘la ocurrencia del siniestro’, pues como lo indicó la Corte en la sentencia ya citada de 7 de julio de 1977, ese punto de partida sólo es viable tratándose, como allí se dijo, de una excepción de prescripción opuesta por la aseguradora contra el beneficiario del seguro, muy distinto de lo que aquí ocurre, porque en este proceso quienes alegan la prescripción son las beneficiarias del seguro contra la excepción de nulidad relativa del contrato presentada por la compañía aseguradora, todo sin perjuicio del régimen especial consagrado en el nuevo texto del artículo 1131 del C. de Co., para el seguro de responsabilidad civil, inaplicable al presente asunto.”

No puede darse un mandato general o regla única de hermenéutica para examinar las diversas hipótesis en que puede encontrarse la autoridad fiscal al examinar la responsabilidad de una compañía de seguros. Es necesario verificar las particulares condiciones y supuestos fácticos de cada caso para definir cuál de los dos términos de prescripción debe aplicarse, con el fin de determinar si la pretensión respecto de la compañía de seguros es válidamente exigible desde el punto de vista temporal.

Pero, lo que si merece un respetuoso disenso, es la posición asumida por la Contraloría General de la República. Este organismo de control ha esgrimido, dentro de diferentes procesos judiciales⁴⁸ que la entidad no es parte dentro del contrato de seguro y que la prescripción de los dos años no le resulta aplicable en un proceso de responsabilidad fiscal, porque ella se refiere a las partes. Y el Tribunal Administrativo le otorgó razón,

⁴⁸ Entre ellos, el expediente 250002324000200600052-1 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

yendo incluso más allá, en el sentido que en estas situaciones no opera la prescripción del contrato de seguro⁴⁹.

En criterio del autor de estas líneas, el planteamiento del Tribunal resulta equivocado. Primero, porque la prescripción opera respecto del contrato de seguro, independientemente del escenario en el que se controviertan sus relaciones, y segundo, porque el inciso segundo del artículo 1081, no hace referencia a las partes del contrato (tomador y asegurador), sino que habla del interesado, que puede ser, bien el asegurado, el beneficiario, o un tercero con interés, como sería el caso de la autoridad fiscal.

Ahora bien, respecto del fallo del pasado 18 de marzo de 2010 de la Sección Primera del Consejo de Estado, por medio del cual confirmó, por razones diversas, el fallo del Tribunal Administrativo del Cauca, en el que se plasmaron varios aspectos relativos a la vinculación del asegurador en los procesos de responsabilidad fiscal, resultan pertinentes los siguientes comentarios:

Primero, el caso:

La demanda: Se pretendía la nulidad y el restablecimiento del derecho respecto de un fallo de responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría General de la Nación.

Los fundamentos jurídicos de la demanda: Los entes de control fiscal sólo pueden vincular con éxito a las aseguradoras cuando hay pólizas de manejo y no las de cumplimiento.

La contraloría no era parte del contrato de seguro

No se amparaba la responsabilidad fiscal sino la contractual

⁴⁹ Dijo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la razón de defensa de la aseguradora, cuál era la prescripción derivada del contrato de seguro: “Como los hechos ocurrieron entre el 22 de septiembre de 1997 y el 21 de enero de 1998, entonces la oportunidad para hacer efectiva la garantía por el amparo de la póliza se venció en 21 de enero de 2003, y como el fallo con responsabilidad fiscal se profirió el 8 de abril de 2005, debiendo quedar ejecutoriado con posterioridad, operaron tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria a favor de la aseguradora conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, en criterio de la actora.

“Empero la Sala advierte que la entidad accionada, Contraloría General de la República, no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro que sirvió de base a la expedición de la póliza U-0158191 por parte de la Previsora s.a., según puede observarse en el expediente a folio 90 del cuaderno principal, por lo que mal podría afirmarse que la prescripción a la que alude el artículo 1081 del Código de Comercio pueda comprometerla.

“La vinculación de la Previsora s.a., a la actuación administrativa que culminó con el fallo de responsabilidad fiscal obedece a normas especiales que disponen tal determinación. En efecto, el artículo 44 de la ley 610 de 2000 dispone...

“En consecuencia, la determinación que afecta a la Previsora s.a. tiene fundamento en normas relativas al control fiscal por lo que su vinculación mediante los actos que se ataca tiene asidero en ley especial y no puede invocarse en su favor, ante el órgano de control fiscal, la prescripción a la que alude el artículo transcrito del Código de Comercio.

“El cargo no prospera” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 13 de noviembre de 2008, M.P. Luis Manuel Lasso, págs. 10 y 11),

Fallo de primera instancia: El contrato de seguro solo cubría el cumplimiento y buen manejo de anticipo y no responsabilidad fiscal.

La Contraloría no figuraba como asegurada ni como beneficiaria de la póliza

Por lo anterior, la Contraloría no tenía competencia para haber dictado ese acto administrativo.

El Consejo de Estado llevó a cabo los siguientes razonamientos:

Primera consideración: Si pese a una expresa exclusión en las condiciones generales de la póliza respecto de la responsabilidad fiscal, podía hacerse esa vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal.

La Sección Primera del Consejo de Estado recordó, en mi criterio con acierto, que ya la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, había admitido la constitucionalidad de la vinculación legal de la compañía de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal.

Se trata, efectivamente, de una vinculación que opera por virtud de la ley, que no puede ser desconocida por virtud de un negocio jurídico.

Segunda consideración: **Eficacia de la cláusula de exclusión.** La cláusula es inocua, porque la norma legal es de orden público.

Comparto esa posición, pues las partes en un contrato no pueden desconocer un mandato legal, máxime cuando éste es de carácter imperativo.

Tercera consideración: **La prescripción:**

Aplicabilidad del artículo 1081 del CCo.

Si es aplicable al caso concreto el artículo 1081 del CCo.

Estoy de acuerdo con esta posición. En la medida en que hay un contrato de seguro, le resultan aplicables todas las normas relativas al contrato de seguro.

Lo que se está debatiendo, independientemente que sea en un proceso de responsabilidad fiscal, es una relación asegurativa, derivada de un contrato de seguro.

¿Cuál es la razón de ser para vincular y obtener el pago respecto de la aseguradora, en este caso? La respuesta no genera duda: La existencia de un contrato de seguro.

Lamentablemente, por razón de que la controversia no condujo a esa consideración, la sentencia no examinó el tema de la interrupción de la prescripción en casos de vinculación de una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal.

Hay dos hechos que interrumpen la prescripción: La presentación de la demanda y el reconocimiento de la obligación por el asegurador (art. 2539 C.C.).

Pero qué sucede en el Derecho Administrativo, respecto de la declaratoria de siniestro por parte de la entidad pública, y la vinculación como garante.

Se trata de facultades equivalentes a la formulación de una demanda ante la jurisdicción, pues tienen los efectos –directamente en el caso de la declaratoria de siniestro, que equivale a sentencia, e indirectamente en el caso de la vinculación porque habría que esperar al fallo de responsabilidad fiscal- de obligar a la compañía de seguros al pago del siniestro.

Las aseguradoras afirmarían que no puede darse una interpretación analógica porque se trata de un fenómeno de orden público como sería la interrupción de la prescripción.

De todas maneras la discusión seguirá abierta.

No obstante lo anterior, es necesario que las entidades públicas que figuran como aseguradas y beneficiarias estén atentas al desarrollo de los contratos estatales y a las actividades que pueden conducir a la configuración de los siniestros para que realicen las actividades necesarias para reclamar oportunamente. En este sentido bien puede la Auditoría General de la República realizar todas las actividades de capacitación y de instrucción necesarias.

De igual manera, las autoridades de control fiscal deben estar alertas respecto de situaciones que puedan afectar el patrimonio público por responsabilidad fiscal y actuar inmediatamente, en aras de que la prescripción del contrato de seguro no se constituya en un obstáculo para obtener la reparación del daño patrimonial público.

Pero, se reitera, el primer llamado a velar por la protección del patrimonio público es la entidad pública asegurada o beneficiaria.

Cuestionario semana IV

1. La acción fiscal caducará

- a) Si transcurridos dos años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
- b) Si transcurridos cinco años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**
- c) Si contados dos años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.
- d) Si contados cinco años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.

2. La acción fiscal prescribirá

- a) Si transcurridos dos años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

- b) Si transcurridos cinco años de la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
- c) Si contados dos años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.
- d) Si contados cinco años de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare.**
3. La prescripción de la acción podrá interrumpirse mediante la presentación de la demanda o el reconocimiento de la obligación por parte del asegurador.
- a) Verdadero**
b) Falso
4. Es labor de las autoridades fiscales en el ámbito de la responsabilidad fiscal la protección y restablecimiento del patrimonio público, cuando la actuación de los servidores o exservidores públicos, o bien algunos particulares, por acción o por omisión, conducen a una pérdida o demérito. En tales hipótesis, se inician los procesos de responsabilidad fiscal.
- c) Verdadero**
d) Falso
5. La institución del contrato de seguro permite minimizar las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del ejercicio de las labores de las entidades públicas.
- a) Verdadero**
b) Falso
6. Las entidades públicas intervienen en el contrato de seguro bajo la modalidad de:
- a) Contratos en los que asumen la condición de tomador, asegurador y/o beneficiario
b) Contratos en los que asumen la condición de asegurador y asegurado
c) Contratos en los que no son parte, pero gozan de la categoría de asegurados y/o beneficiarios
d) A y C son correctas
e) Todas las anteriores
7. Los contratos de seguros, son aquellos en los que las entidades públicas figuran como asegurador y aseguradas.
- a) Verdadero
b) Falso

8. Cuando la entidad figura como tomador, asegurado y beneficiario, en caso de Siniestro podrá acudir directamente a la jurisdicción mediante demanda para obtener el restablecimiento patrimonial.

- a) Verdadero
- b) Falso**

9. La razón de la vinculación de la compañía de seguros como tercero civilmente responsable, es atender el principio de economía procesal para asegurar el pago de la indemnización evitando un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la misma luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal.

- a) Verdadero**
- b) Falso

10. Según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la autoridad fiscal deberá vincular a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable cuando el presunto responsable fiscal, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por contrato de seguro.

- a) Verdadero**
- b) Falso

11. El término para vincular a las compañías aseguradoras es de:

- a) 3 meses prorrogables hasta por dos años mediante auto debidamente motivado**
- b) 6 meses prorrogables hasta por dos años mediante auto debidamente motivado
- c) 1 año prorrogable hasta por dos años mediante auto debidamente motivado
- d) 3 años prorrogables hasta por dos años mediante auto debidamente motivado

12. La compañía aseguradora podrá ser vinculada al proceso de responsabilidad fiscal como responsable directo.

- a) Verdadero
- b) Falso**

13. Son derechos que tiene la compañía de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal.

- a) Solicitar pruebas,
- b) Llevar a cabo la contradicción de las pruebas
- c) Interponer recursos
- d) Todas las anteriores**

14. La vigencia delimita temporalmente la asunción del riesgo por parte del asegurador, y de tal circunstancia se deducirá si estará obligado al pago de la indemnización.
- a) **Verdadero**
b) Falso
15. En virtud del principio indemnizatorio, si el siniestro inició antes de la iniciación del amparo, pero culminó o se consolidó dentro de la vigencia del seguro, la compañía de seguros tendrá que responder.
- a) Verdadero
b) **Falso**
16. En el proceso de responsabilidad fiscal, al momento de determinar en el fallo la cuantía del daño fiscal, la autoridad fiscal podría ir más allá del valor asegurado en la determinación y pago de la compañía aseguradora.
- a) Verdadero
b) **Falso**
17. Respecto de las compañías de seguros procede la imposición de medidas cautelares
- a) Verdadero
b) **Falso**
18. La autoridad fiscal podrá decretar medidas cautelares respecto de los servidores públicos, exservidores, o particulares que estuvieren siendo investigados como directamente responsables del detrimento del patrimonio público.
- a) **Verdadero**
b) Falso
19. Son elementos de la responsabilidad fiscal:
- a) Una conducta dolosa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
b) Una conducta culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal
c) Un daño patrimonial al Estado
d) Un nexo causal entre la conducta y el daño
e) **Todas las anteriores**
20. El término de prescripción extraordinaria de las acciones que se derivan del contrato seguro es
- a) De 2 años contados a partir del momento en que nace el respectivo derecho.
b) **De 5 años contados a partir del momento en que nace el respectivo derecho.**

- c) De 2 años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho en que haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.
- d) De 5 años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho en que haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción.

Glosario semana IV

ACTO ADMINISTRATIVO, Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”.

CONTRATO DE SEGURO permite minimizar las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del ejercicio de sus labores o de las circunstancias del entorno, y en la medida en que existen esos mecanismos de garantía, las autoridades de control –particularmente en este caso las contralorías-departamentales o la General de la República-, podrán exigir el restablecimiento patrimonial respecto de las compañías aseguradoras, precisamente por la trascendencia que posee esa universalidad pública como es el patrimonio de las diferentes instituciones públicas y por la existencia de un negocio jurídico asegurativo.

FUNCIÓN PÚBLICA se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

INDAGACIÓN PRELIMINAR Etapa opcional que se adelanta dentro del procedimiento ordinario, cuya finalidad es establecer la procedencia de la investigación disciplinaria, verificando la ocurrencia de la conducta, determinando si es constitutiva de falta disciplinaria; o identificando e individualizando al autor de la misma.

INDEMNIZACIÓN Compensación que recibe una persona por un daño o perjuicio que ha recibido ella misma o sus propiedades.

PATRIMONIO PÚBLICO, es el conjunto de bienes, de recursos públicos e intereses patrimoniales del Estado, que se encuentran en cabeza y bajo la titularidad de las diversas entidades estatales, constituye un derecho colectivo de la Nación, además de tratarse del medio idóneo para cumplir con las tareas para la satisfacción del interés de la comunidad.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL Es una institución por la cual se le pone fin a la acción o cesa la responsabilidad, por el transcurso del tiempo sin investigar el hecho. La responsabilidad fiscal prescribe en cinco años, contados a partir del auto de apertura

del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

PRINCIPIO DE CELERIDAD, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

PRINCIPIO DE ECONOMÍA, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

PRINCIPIO DE EFICACIA, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

PRINCIPIO DE IGUALDAD, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

PRINCIPIO DE MORALIDAD, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

RESPONSABILIDAD FISCAL se deduce del ejercicio del control fiscal, entendido este como una gestión pública mediante la cual se vigila la labor fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes”.

Bibliografía semana IV

- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34389>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776#163>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-735-03.htm>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725>
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>
- <http://www.contraloriagen.gov.co/web/sinor/conceptos-anteriores-a-abril-de-2014>
- http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0389_1997.html
- http://www.urosario.edu.co/consultorio_juridico/documentos/comercial/Corte-Suprema-3-de-Mayo.pdf
- <http://www.manuelsanchezabogados.com/documents/29206%5B1%5D.pdf>