



Radicado No: 20212120005401

Fecha: 01-03-2021

Bogotá,
110

Doctora
NHORA CLAUDIA BARRERO JIMÉNEZ
Asesora Jurídica
Contraloría Municipal de Ibagué
Calle 9 No. 2-59 Edificio Municipal Piso 3
Ibagué - Tolima
notificaciones.juridica@contraloriaibague.gov.co

Referencia: Concepto 110.009.2021
 SIA-ATC. 012021000017

1. *Del proceso de responsabilidad fiscal*
2. *De la jurisdicción coactiva por los órganos de control fiscal*
3. *De las pólizas de seguros para bienes públicos, para el manejo o cumplimiento de los servidores públicos y para la contratación pública*
4. *Del enriquecimiento sin causa*

Doctora Nhora Claudia:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el oficio CMI-103 CMI-RS-2021-00000014 del 12 de enero de 2021 allegado mediante correo electrónico de la misma fecha, radicado bajo el SIA-ATC. 012021000017, en el que hace la siguiente consulta:

“Una compañía aseguradora, realizó los respectivos resarcimientos ordenados en varios fallos de responsabilidad fiscal, debidamente ejecutoriados; los hizo, unos dentro del proceso de responsabilidad fiscal y otros dentro del proceso de cobro coactivo; en razón de esto, se ordenó la terminación de los mismos para la compañía aseguradora, por pago.

La entidad afectada fue la misma en todos los procesos, lo que conllevó a que los pagos se realizaran con base en la misma póliza.

La compañía aseguradora se percató que, por error, sobrepasó el valor asegurado en la póliza en cuestión al realizar los pagos en los procesos y solicita que se le devuelva la suma que excedió dicho monto.

¿La contraloría territorial que emitió los fallos con responsabilidad, está obligada a devolver dicha suma a la compañía aseguradora?”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades

vigiladas dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

Se precisa que la consulta en estudio corresponde a una situación particular y concreta referente al trámite y actuación dentro de un proceso responsabilidad fiscal y de cobro coactivo, lo cual es de manejo de la administración de la Contraloría Municipal de Ibagué, por ello la consulta jurídica no es general ni abstracta; debiendo abstenernos de emitir concepto sobre el asunto o situación individual y concreta planteada que pueda llegar a ser sometida a vigilancia; por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Por lo anterior, este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico frente al tema puesto a consideración, procede a traer a colación las normas referentes que se encuentra al alcance de todos, a exponer algunas consideraciones jurídicas y emitir concepto de manera general y abstracta respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso anteriormente, será la dependencia respectiva de dicha contraloría, la encargada de analizar la norma y darle aplicación al caso específico que ha sido planteado.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Finalmente, le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

Por lo anterior, este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico frente al tema puesto a consideración, procede a traer a colación las normas referentes que se encuentra al alcance de todos, a exponer algunas consideraciones jurídicas y emitir concepto de manera general y abstracta respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso anteriormente, será la dependencia respectiva de dicha contraloría, la encargada de analizar la norma y darle aplicación al caso específico que ha sido planteado. Previamente, debemos hacer un repaso sobre el proceso de responsabilidad fiscal y la vinculación del garante al mismo, la ejecución de las garantías en el proceso de cobro coactivo y la normatividad referente al contrato de seguros.

1. Del proceso de responsabilidad fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El numeral 5 del artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República la siguiente atribución:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)

El artículo 272 de la carta, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 referente a la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales respecto de las dadas al Contralor General de la república, en los siguientes términos:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

Finalmente, el artículo 274 constitucional modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años.

(...)

De las normas constitucionales referidas concluimos que, el control fiscal es una función pública que, dentro del marco de sus competencias, ejercen las contralorías del país (nacional y territoriales) y la Auditoría General de la República, así como también establecen la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponen las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudan su monto y ejercen la jurisdicción coactiva con prelación.

En desarrollo de la Constitución Política primigenia de 1991, el legislador promulgó la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen” la cual establecía en el Capítulo III del Título II, el procedimiento correspondiente al proceso de responsabilidad fiscal, remitiendo para los aspectos no previstos allí, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo o de Procedimiento penal, según el caso.

La anterior norma fue derogada por el artículo 68 de la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en los siguientes términos:

Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

El artículo 2º de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso:

Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

La Ley 610 de 2000, determina el trámite para los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan por el procedimiento ordinario; Ley que fue modificada en sus artículos 4, 5, 6, 9, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 37, 39, 42, 43, 49, 50 y 37 por el Decreto-Ley 403 de 2020 “*Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*”.

La Ley 1474 de 2000 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.*”, en sus artículo 97 a 109, determina el trámite para los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan por el procedimiento verbal; así mismo, en los artículos 110 a 120, establece disposiciones comunes al procedimiento ordinario (modificando algunas disposiciones de la Ley 610 de 2000) al procedimiento verbal. Esta Ley en sus artículos 100, 101 y 110 también fue modificada por el Decreto-Ley 403 de 2020.

El Título XIII del Decreto-Ley 403 de 2020 “*Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*” denominado “*FORTALECIMIENTO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL*”, introduce modificaciones al proceso de responsabilidad fiscal en lo referente a: i) objeto de la responsabilidad fiscal, ii) elementos de la responsabilidad fiscal, iii) el daño patrimonial, iv) la caducidad de la acción fiscal, v) límites en las medidas cautelares, suspensión de términos, vi) unidad procesal y conexidad, vii) indagación preliminar, viii) grado de consulta, ix) reserva y expedición de copias, x) saneamiento de nulidades, xi) defensa del implicado, xii) notificaciones y traslados, xiii) trámite segunda instancia, xiv) audiencias, xv) instancias, xvi) terminación de la acción fiscal por costo beneficio, y xvii) beneficios por colaboración.

En el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, modificada por el artículo 124 del Decreto-Ley 403 de 2020, en cuanto a la responsabilidad fiscal, determina:

*Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, **mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.** Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

(Negrilla fuera de la norma)

En cuanto a la vinculación del garante del presunto responsable, del bien o del contrato objeto del proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000, establece:

Artículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos

derechos y facultades del principal implicado.

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

De la normatividad transcrita, se obtiene que las aseguradoras expedidoras de pólizas de seguros o garantías, se vincularán al proceso de responsabilidad fiscal, cuando la póliza ampare: i) al presunto responsable fiscal, ii) el bien sobre el cual recaiga el proceso, y/o iii) el contrato sobre el cual recaiga el proceso.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, dijo:

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas[17].

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los

mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.[18]

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República concepto CGR-OJ-0183-2018 (2018EE0148685 del 05-12-2018), estableció:

Bajo este panorama, la compañía de seguros en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal: i) puede ser llamada como tercera civilmente responsable; ii) tiene las mismas prerrogativas de los demás sujetos procesales; y iii) su responsabilidad se limita a los riesgos amparados en la póliza y en los montos ahí establecidos. Se ha entendido adicionalmente, que el hecho de tener las mismas prerrogativas de los sujetos que intervienen en el procedimiento de responsabilidad fiscal, legitima a las compañías aseguradoras a activar el aparato judicial para controvertir, no solo lo relacionado con el contrato de seguros, sino incluso temas propios de la responsabilidad fiscal, tales como los elementos que la estructuran.

El mencionado Despacho en el concepto CGR-OJ-0142-2017 (2018EE0076197 del 21-06-2018), concluyó:

3.3. Fallos con responsabilidad fiscal. Vinculación de la compañía aseguradora. Cubrimiento de la garantía.

La Ley[10] faculta a las contralorías para vincular a las compañías aseguradoras como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal. Facultad que tienen dichos Entes de Control y que resulta razonable en función del cumplimiento de los fines del Estado y del desarrollo de los principios de prevalencia del interés general, lo que se concreta al conseguir el resarcimiento de los perjuicios causados por las conductas de funcionarios o de particulares cuando ejercen gestión fiscal.

La vinculación del garante obedece a la afectación de patrimonio público causada por la conducta del presunto responsable fiscal. La vinculación claramente está determinada por el riesgo amparado y se relaciona con los sujetos beneficiarios del seguro. Pero las Contralorías, cuando actúan como Entidad competente para iniciar un proceso y llevarlo hasta su fin decidiendo sobre la responsabilidad fiscal, no pueden ser contadas como parte del contrato de seguros pues es el Órgano del Estado encargado de dirimir la situación jurídica.

En relación con el instituto jurídico del tercero civilmente responsable establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, puede indicarse que este se contrae a aquel que se encuentra llamado a responder

civilmente por las consecuencias del hecho generador de responsabilidad fiscal.

En este orden, el legislador previó que no obstante, la diligencia y cuidado que deba tenerse en la administración del patrimonio público, para precaver cualquier daño, al Estado, sus riesgos deben ampararse por una póliza de seguro, y cabe destacar que uno de los requisitos de la esencia de este contrato, es el interés asegurable.

En voces del artículo ,44 de la Ley 610, la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal se genera cuando el presunto responsable, el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros.

Significa lo anterior, que la compañía aseguradora solamente se obliga a indemnizar, aquellos siniestros que están descritos y circunscritos a los riesgos contenidos en el contrato de seguro.

En este orden jurídico, para efectos de la vinculación del garante, debe realizarse el análisis de la póliza como tal, en el acápite de cobertura, vigencia y asegurado, para efecto de delimitar los riesgos amparados y el monto hasta el cual va a responder la compañía aseguradora.

Debe quedar claro que, la vinculación al proceso de la aseguradora es al comienzo del mismo y con la indicación exacta de su calidad, el número de la póliza de garantía, objeto de la misma, cobertura, tomador, el beneficiario y todos los elementos que le permitan al garante establecer la legalidad de su llamamiento.

En este orden, el garante responde de acuerdo con la garantía que se haya tomado, su cobertura y valor. Por ello, el investigador fiscal debe verificar que efectivamente existe una póliza de garantía que ampare el presunto responsable, el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso.

Dicho en otras palabras.: en la providencia de vinculación del tercero civilmente responsable se debe precisar todos los aspectos relevantes que conduzcan a la verdadera indemnización al patrimonio del Estado, sin que sea dable una vinculación del garante en forma genérica, sin entrar a puntualizar las coberturas y exclusiones de la garantía.

Es por lo anterior, que la vinculación de la compañía aseguradora no se da como presunto responsable fiscal, sino como tercero civilmente responsable puesto que lo que se pretende es hacer efectivas las obligaciones derivadas de la ocurrencia del siniestro en virtud del contrato de seguro, limitando su responsabilidad a los riesgos amparados y las sumas allí establecidas.

El artículo 48 de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 138 del Decreto-Ley 403 de 2020, establece respecto al contenido del auto de imputación:

Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. (...)

El auto de imputación deberá contener:

*1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y **del valor asegurado.***
(...)

La inclusión del valor asegurado es relevante toda vez que éste va a determinar la suficiencia o no para el resarcimiento del daño patrimonial establecido, que de no serlo, deberá ser asumido por el responsable fiscal.

2. De la jurisdicción coactiva por los órganos de control fiscal

El Decreto-Ley 403 de 2020 reguló en su Título XII el proceso de cobro por jurisdicción coactiva al interior de los órganos de control fiscal, determinando en el artículo 107 las reglas de su procedimiento, así:

Artículo 107. Reglas de procedimiento para el cobro coactivo de los órganos de control fiscal. Los procesos de cobro coactivo de competencia de los órganos de control fiscal para hacer efectivos los títulos ejecutivos a los que se refiere el presente Título se rigen por las normas previstas en el presente Decreto Ley; los artículos 12, 56 Y 58 de la Ley 610 de 2000 y 103 de la Ley 1474 de 2011.

A falta de regulación expresa en las anteriores disposiciones se aplicarán, en su orden, las siguientes normas:

- 1. El Título IV de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. El Estatuto Tributario.*
- 3. La Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
- 4. El Código General del Proceso.*

Así mismo, en el artículo 110 establece los títulos ejecutivos fiscales que son objeto de cobro por jurisdicción coactiva, incluyendo dentro de ellos las pólizas de seguros y garantías, así:

Artículo 110. Títulos ejecutivos fiscales. Prestan mérito ejecutivo:

(...)

- 3. Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.*

Este despacho en el concepto 110.12.2020 (Radicado No: 20201100006241 del 31-03-2020) anotó:

El cobro coactivo se ha entendido como un privilegio exorbitante de la administración para lograr el cumplimiento de los fines estatales, teniendo en cuenta que en él cumple la doble función: de juez y parte para el cobro forzoso de los créditos a su favor.

(...)

Con la expedición del CPACA podemos concluir que dependiendo de la naturaleza jurídica del título ejecutivo y su régimen legal, se habla de dos procesos de cobro coactivo al interior de las contralorías: i) un cobro coactivo fiscal y ii) un cobro coactivo administrativo.

- 1) Cobro coactivo fiscal: se refiere al cobro de los créditos derivados del control fiscal y de los fallos con responsabilidad fiscal, de las pólizas y garantías integradas al fallo con responsabilidad fiscal y de las multas impuestas en procesos sancionatorios de tipo fiscal (artículos 92, 101 y 104 de la Ley 42 de 1993).*

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993, en el proceso de jurisdicción coactiva del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012), en la Ley 610 de 2000 y en la Parte Primera del CPACA.

Con la expedición del Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, las reglas para el cobro coactivo de estos títulos ejecutivos serán, de conformidad a lo establecido en el artículo 107, las establecidas en el Título XII de este Decreto-Ley, en los artículos 12, 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011 y de manera supletoria, las establecidas en el Título IV de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el Estatuto Tributario, en la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso. Aclarando que dichas reglas serán aplicables a los créditos constituidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es a partir del 16 de marzo de 2020.

- II) *Cobro coactivo administrativo: se refiere al cobro de los créditos provenientes de multas resultantes de los procesos disciplinarios, de las acreencias relacionadas en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y demás acreencias diferentes a las del numeral anterior.*

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 98 a 101 del CPACA, en los artículos 823 a 843 del Decreto 624 de 1989, “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales” - ET, en la Parte Primera del CPACA, y en el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

Así mismo, la Ley 610 de 2000 determina el mérito ejecutivo del fallo con responsabilidad, inclusive para el garante:

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

De la normativa y conceptualización anotada, se obtiene que las pólizas de seguros o garantías que amparen los bienes públicos o la gestión de los funcionarios públicos, sean constitutivas de títulos ejecutivos fiscales susceptibles de cobro por jurisdicción coactiva.

3. De las pólizas de seguros para bienes públicos, para el manejo o cumplimiento de los servidores públicos y para la contratación pública

La Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, determina:

Artículo 107. Los órganos de control fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten.

En el mismo sentido, la Ley 2063 de 2020 “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021”, establece:

Artículo 43. Las entidades estatales podrán constituir mediante patrimonio autónomo los fondos a que se refiere el artículo 107 de la Ley 42 de 1993. Los recursos que se coloquen en dichos Fondos ampararán los bienes del Estado cuando los estudios técnicos indiquen que es más conveniente la cobertura de los riesgos con reservas públicas que con seguros comerciales.

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

También podrán contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal y fiscal que deban realizar; estos últimos gastos los podrán pagar las entidades, siempre y cuando exista decisión definitiva que exonere de toda responsabilidad y no sea condenada la contraparte a las costas del proceso.

Esta disposición será aplicada en las mismas condiciones a las Superintendencias, así como a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta asimiladas a estas.

Es de anotar que la disposición transcrita anteriormente, se viene incluyendo de años atrás en las leyes anuales del decreto del presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones.

El Decreto-Ley 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, establece:

Artículo 203.- Seguro de manejo o de cumplimiento.

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

2. Destinatarios del seguro. Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a entidades o instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma; los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos, y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro de que trata el presente artículo.

Las Asambleas Departamentales, y los Concejos Municipales podrán disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades constituyan sus garantías por medio del seguro a que este estatuto se refiere.

3. *Subrogación de la entidad aseguradora. Por el hecho de pagar el seguro la entidad aseguradora se subroga en los derechos de la entidad o persona asegurada contra la persona cuyo manejo o cumplimiento estaba garantizado, con todos sus privilegios y accesorios.*

En cuanto al amparo o garantía en la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece:

Artículo 4º. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1º. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

2º. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

(...)

Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación o ~~concurso~~ se efectuará conforme a las siguientes reglas <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>:

(...)

2. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

(...)

Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

<Inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

(...)

Artículo 60. De la ocurrencia y contenido de la liquidación. <Artículo modificado por el artículo 217 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> (...)

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del

contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

(...)

La Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” establece:

Artículo 2°. De las modalidades de selección. (...):

(...)

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva (...)

c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios;

(...)

Artículo 7°. De las garantías en la contratación. Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

La Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, establece:

Artículo 85. Continuidad de la interventoría. (...)

Parágrafo. Para la ejecución de los contratos de interventoría es obligatoria la constitución y aprobación de la garantía de cumplimiento hasta por el mismo término de la garantía de estabilidad del contrato principal; el Gobierno Nacional regulará la materia. En este evento podrá darse aplicación al artículo 7° de la Ley 1150, en cuanto a la posibilidad de que la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

Finalmente, el Decreto 1082 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional” establece en el Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 3, Subsección 1 (artículos 2.2.1.2.3.1.1 a 2.2.1.2.3.1.19) la reglamentación general para las compras en el sector público; y en la Subsección 2, la reglamentación respecto del contrato de seguro (artículos 2.2.1.2.3.2.1 a 2.2.1.2.3.2.11), de los que destacamos:

Artículo 2.2.1.2.3.2.1. Amparos. El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular.

Artículo 2.2.1.2.3.2.11. Protección de los bienes. La Entidad Estatal debe exigir a su contratista un contrato de seguro que ampare la responsabilidad cuando con ocasión de la ejecución del contrato existe Riesgo de daño de los bienes de la Entidad Estatal. La Entidad Estatal debe definir el valor asegurado en los pliegos de condiciones.

Sobre el tema, este Despacho en el concepto 110.056.2009 (Radicado No: 20091100032671 del 22-07-2009) había anotado:

Obligación de amparar los bienes del Estado

La eficacia y eficiencia en la administración (gestión) de los bienes del Estado, exige que se encuentren debidamente amparados, lo cual implica, que los gestores públicos se obliguen a suscribir pólizas de seguros, con el fin de proteger adecuadamente los recursos públicos.

(...)

De lo planteado, se deduce que los bienes y fondos del Estado deben asegurarse y su amparo es importante en la medida que se encuentran expuestos a riesgos en su administración y manejo, siendo obligatorio constituir pólizas que garanticen el pago de perjuicios ocasionados por el mal manejo y administración de los fondos y/o bienes por parte de servidores públicos o particulares.

Seguros de manejo

Una vez la entidad determine los riesgos por los que ampara los bienes o fondos del Estado, y determine que el riesgo asegurable será el inherente al manejo de fondos y bienes del Estado a cargo del personal que tengan esta responsabilidad, podrá optar después de un estudio y análisis del riesgo, por la constitución de una póliza de manejo.

(...)

En aplicación de la norma en mención, se constituyen las pólizas de manejo para amparar los riesgos inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado a cargo de personal que tengan esta responsabilidad. Así es que las entidades públicas suscriben los seguros de manejo o de cumplimiento, para amparar el correcto manejo de los recursos públicos, confiados a los servidores públicos o a particulares, es decir que con este seguro, se aseguran los cargos de los funcionarios públicos que manejan y administran los recursos públicos.

Si bien es cierto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tiene como destinatarios del seguro de manejo a los empleados del nivel nacional, de la norma se deduce claramente que a nivel territorial, las Asambleas y Concejos pueden disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades territoriales constituyan sus garantías por medio del seguro de manejo, en cuyo caso la Administración Municipal, tiene la responsabilidad de asegurar el patrimonio municipal y su manejo, en aras de proteger y velar por los bienes del municipio, en armonía con los objetivos previstos en la ley. (Negrilla y subrayas propias del texto)

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República concepto CGR-OJ-0066-2019 (2019EE0059889 del 22-05-2019), estableció:

Dada la importancia de la existencia de garantías que amparen la ejecución del contrato estatal, la constitución de las mismas no solo se constituye en requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino, además, un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general que se pretenden satisfacer con la celebración y ejecución de un contrato determinado; así como para proteger el patrimonio público de los menoscabos que se puedan causar con ocasión de los eventuales incumplimientos en que incurra el contratista.

Ya en el concepto CGR-OJ-0148-2018 (2018EE0120589 del 05-10-2018), dicha Oficina Jurídica había establecido:

El seguro de cumplimiento es uno de los mecanismos previstos por la ley, para proteger el patrimonio público de los perjuicios que se causen a una entidad estatal a causa del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones que surgen del contrato por este celebrado.

Este seguro acompaña los procesos contractuales estatales desde su gestación en la etapa precontractual, en la etapa contractual y pos contractual, esta garantía a través de los diferentes amparos que la conforman, protege a la entidad no solo frente al incumplimiento de las obligaciones que integran la prestación principal del contrato, sino que también cubre los perjuicios ocasionados por la inexecución de prestaciones conexas, como son las relacionadas con los pagos de las acreencias de orden laboral de los trabajadores del contratista que puedan ser exigidas al Estado.

La misma dependencia en el concepto CGR-OJ-0088-2018 (2018EE0076197 del 21-06-2018), manifestó:

1.- Si ocurre el riesgo amparado en la póliza que fue constituida por un contratista incumplido a favor de una entidad del Estado contratante, se tiene que el objeto de la póliza es garantizar el pago de la obligación cuyo incumplimiento genera un daño al Estado, por tanto si no existiera un resarcimiento por parte del deudor original, y no se hubiera efectuado la respectiva reclamación del amparo de la póliza de seguro, persistiría la existencia del daño contra el patrimonio del Estado.

El Título V del Decreto 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio”, regula lo referente al contrato de seguro. A continuación traemos a colación las normas que consideramos para el presente concepto.

Artículo 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) *El interés asegurable;*
- 2) *El riesgo asegurable;*
- 3) *La prima o precio del seguro, y*
- 4) *La obligación condicional del asegurador.*

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

El artículo 1047 ibídem, establece el contenido de la póliza de seguro, del cual destacamos para el presente concepto:

Artículo 1047. La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

(...)

5) *La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;*

6) *La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;*

7) *La suma aseguradora o el modo de precizarla;*

(...)

9) *Los riesgos que el asegurador toma su cargo;*

10) *La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*

(...)

Parágrafo. Se tendrán como condiciones generales del contrato, aunque no hayan sido consignadas por escrito, las aprobadas por la autoridad competente para el respectivo asegurador en relación con el seguro pactado, salvo las relativas a riesgos no asumidos.

Artículo 1072. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

Artículo 1079. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

Artículo 1089. 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.

Artículo 1096. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta

conurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Artículo 1110. La indemnización será pagadera en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador.

Artículo 1127. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el Artículo

Artículo 1131. Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. Pero la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, sólo podrá hacerse efectiva, cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto de 2000 dentro de la Radicación número 11318, respecto de la póliza de garantía en los contratos estatales, dijo:

No obstante su autonomía, el contrato estatal constituye la razón principal que da origen al contrato de seguro y se une de tal modo que su cumplimiento y ejecución dependen del primero. Si bien, el contrato de seguro strictu sensu no es un contrato estatal; y es ser celebrado entre dos particulares en beneficio de un tercero, este tercero siempre es la administración pública. El otorgamiento de la garantía tiene justificación en razón del patrimonio estatal, comprometido por estar afectado directamente, lo cual le confiere un tratamiento especial, distinto de los contratos celebrados en interés de los particulares exclusivamente; tanto es así que la constitución de la garantía y su aprobación son requisitos indispensables para la ejecución del contrato.

*De otro lado no debe perderse de vista que el contrato de seguro nace y muere con el contrato estatal, si este se desarrolla normalmente, **y proyecta su eficacia en el tiempo solo si el contratista incumple las obligaciones derivadas del contrato.***

Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción (...). (Negrilla fuera del texto)

Este Despacho en el concepto 110.08.2019 (Radicado No: 20191100003111 del 01-02-2019) respecto a la responsabilidad de las compañías de seguros, estableció:

Por tanto, la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, responderá siempre y

cuando el contrato de seguro hubiera estado vigente al momento del siniestro y éste estuviera amparado por la póliza correspondiente. Lo opuesto ocurre si el siniestro no estuvo amparado por la póliza respectiva, o por haber ocurrido por fuera de la vigencia del contrato de seguro, o producto de la terminación automática del contrato de seguro a causa de la mora en el pago de la prima.

Para el caso consultado, debe decirse que la Póliza Global de Manejo Sector Oficial contempla dentro de su clausulado, en sus condiciones generales, los amparos de la póliza, donde comúnmente y en similares términos, las compañías aseguradoras establecen:

"(...) en consideración a las declaraciones que el tomador ha hecho en la solicitud, las cuales se incorporan a este contrato para todos los efectos, con sujeción a los términos, cláusulas y condiciones contenidas en la póliza ampara a la(s) entidad(es) estatal(es) asegurada(s) contra las pérdidas patrimoniales sufridas en vigencia de la póliza, que impliquen menoscabo de fondos y bienes públicos, causados por sus servidores públicos en el ejercicio de los cargos amparados, por incurrir en conductas que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o que generen fallos con responsabilidad fiscal, siempre y cuando la conducta que dio origen al daño tenga lugar dentro de la vigencia de la presente póliza.

El amparo se extiende a reconocer el valor de la rendición y reconstrucción de cuentas que se debe llevar a cabo en los casos de abandono del cargo o fallecimiento del servidor público, siempre y cuando (...) manifieste la imposibilidad de rendir dichas cuentas."

Por tanto, para definir sobre la vinculación y responsabilidad de las compañías aseguradoras, en calidad de tercero civilmente responsable, dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre será necesario revisar las condiciones antes descritas del contrato de seguro y determinar si el siniestro ocurrió dentro de los términos, amparos y vigencia del contrato de seguro.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de febrero de 2005 dentro del Expediente 7614, respecto a la indemnización por el riesgo asegurado, anotó:

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

(...)

Empero, el buen suceso de la precitada acción está supeditado principalmente a la comprobación de los siguientes presupuestos: 1) la existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque sólo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el

contrato, estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida, y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel, es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro.

(...)

"(...) Acerca de la obligación condicional de la compañía (artículo 1045 C. de Co.), en efecto, ella nace de esta especie de convenio celebrado con el tomador, en virtud del cual aquélla asumirá, conforme a las circunstancias, la reparación del daño que el asegurado pueda producir a terceros y hasta por el monto pactado en el respectivo negocio jurídico, de suerte que la deuda del asegurador tiene como derecho correlativo el de la víctima -por ministerio de la ley- para exigir la indemnización de dicho detrimento, llegado el caso. Con todo, fundamental resulta precisar que aunque el derecho que extiende al perjudicado los efectos del contrato brota de la propia ley, lo cierto es que aquél no podrá pretender cosa distinta de la que eficazmente delimite el objeto negocial, por lo menos en su relación directa con el asegurador, que como tal está sujeta a ciertas limitaciones" (Exp. 7173, no publicada aun oficialmente).

De la normatividad, jurisprudencia y conceptualización jurídica transcrita en este numeral, podemos concluir entre otros aspectos que, la póliza de seguros ampara cada uno de los riesgos allí anotados, es así que si se trata del cumplimiento de unas obligaciones contractuales, el riesgo amparado es cada una de las obligaciones, de manera tal que si presentan dos o más obligaciones incumplidas de manera independiente, cada una de ellas generara la reclamación indemnizatoria respectiva con cargo a la misma póliza; si el riesgo amparado es la actuación en la gestión del funcionario público, cada actuación independiente generará el reclamo respectivo y la aseguradora deberá indemnizar para cada una de ellas de manera independiente sin que la respectiva reclamación exceda el monto asegurado.

Cosa distinta sucede cuando el incumplimiento de varias obligaciones o las diferentes actuaciones del funcionario público, constituyen un solo detrimento al patrimonio público, caso en el cual, la reclamación a la aseguradora es una sola, pues constituye el acaecimiento de un solo riesgo.

4. Del enriquecimiento sin causa

Nuestro Código Civil (Ley 84 de 1873 Código Civil de los Estados Unidos de Colombia) establece:

Artículo 1524. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Igualmente, el Código Civil Colombiano regula en los artículos 2313 a 2321, el pago de lo no debido, normatividad de la cual destacamos:

Artículo 2313. Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado.

Sin embargo, cuando una persona, a consecuencia de un error suyo, ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que, a consecuencia del pago, ha suprimido o cancelado un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor.

Artículo 2318. El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad.

Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes.

(Negrilla fuera de la norma)

La Corte Constitucional en sentencia C-278 del 7 de mayo de 2014, respecto del enriquecimiento sin causa, determinó:

En la legislación civil, el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho que tiene las siguientes características: (i) requiere que una de las partes se enriquezca, es decir que obtenga provecho de cualquier circunstancia y que dicha ventaja se aprecie en dinero; (ii) correlativamente al enriquecimiento de una de las partes, es necesario que exista un empobrecimiento de la otra consistente en una pérdida material; (iii) debe existir una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; (iv) el enriquecimiento no tiene ningún fundamento legal ni contractual, como se desprende del nombre de esta figura, no tiene causa en la ley[41]; (v) el Consejo de Estado, ha señalado que, igualmente, se requiere que el empobrecimiento no haya sido causado por quien lo alega[42]

Dicha alta corte en sentencia de tutela T-401 del 23 de agosto de 1996, ya había manifestado este sentido así:

El enriquecimiento sin causa se presenta en los casos en los que un patrimonio se ve incrementado a expensas de otro, sin que exista una causa jurídica para ello. Obviamente esta situación no obedece siempre a la mala fe de los implicados. El enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito. No obstante que quienes recibieron las indemnizaciones lo hicieron de buena fe, al ser anulado el acto de retiro del servicio, la indemnización pagada pierde su causa jurídica y el beneficiario del pago, por razones de equidad, debe repetir lo pagado; de no ser así, obtiene un enriquecimiento sin causa.

(...)

El enriquecimiento sin causa, figura que subyace en el análisis de la presente situación, se presenta en los casos en los que un patrimonio se ve incrementado a expensas de otro, sin que exista una causa jurídica para ello. Obviamente esta situación no obedece siempre a la mala fe de los implicados. El enriquecimiento sin causa puede provenir de un hecho lícito.(...)

5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente, respecto al tema consultado, podemos concluir:

- i) La Auditoría General de la República carece de competencia para señalar el procedimiento a seguir con el fin de hacer efectiva la póliza de seguros vinculada al fallo con responsabilidad fiscal o al título ejecutivo fiscal que se cobre por jurisdicción coactiva, puesto que al hacerlo, estaría incurriendo en coadministración y afectaría la vigilancia y control fiscal que debe realizar al correspondiente ente de control fiscal.
- ii) Por disposición legal, las empresas aseguradoras que expidan pólizas de seguros amparando bienes objeto del proceso de responsabilidad fiscal o a los funcionarios o presuntos responsables fiscales, deben ser vinculadas al respectivo proceso, con todas las garantías y derechos que corresponde a las partes.
- iii) El fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, presta mérito ejecutivo, es decir, se convierte en título ejecutivo fiscal susceptible de ser cobrado por vía de cobro coactivo.
- iv) Igualmente, la póliza de seguro que se encuentre vinculada al proceso en que se dicte fallo con responsabilidad fiscal, es susceptible de ejecución junto con el respectivo fallo.
- v) La responsabilidad de la compañía de seguros expedidora de la póliza vinculada al fallo, va hasta el monto establecido en la respectiva póliza (contrato de seguro) y por la ocurrencia del riesgo amparado independientemente de las veces que dicho riesgo se materialice.
- vi) No hacer efectivas las garantías correspondientes o hacerlo de manera incompleta, puede configurar un daño patrimonio público.
- vii) El cobro o el pago en exceso de lo establecido en la póliza correspondiente, se constituiría en un enriquecimiento sin causa, que de no subsanarse en instancia administrativa, podría ser objeto de reclamación mediante el medio de control de reparación directa con el consecuente desgaste administrativo y de recursos, que caería en un detrimento patrimonial.
- viii) Cuando la compañía de seguros paga en exceso del monto establecido en la póliza de seguros correspondiente, tiene derecho a que se le reintegre el valor pago demás, pues su obligación es derivada del contrato de seguros en el cual una de los elementos esenciales es el valor asegurado.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley

1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**

(Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 1f5918b5, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



OMAR HUGO RIVAS JIMÉNEZ
Director Oficina Jurídica (E)

Anexo: *Formato encuesta de satisfacción*

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		17/02/2021
Revisado por:			
Aprobado por:			

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.