



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación interna: 2100

Número Único: 11001-03-06-000-2012-00031-00

Referencia: Póliza de seguro de responsabilidad de los funcionarios integrantes de los equipos auditores de las contralorías

El Ministro de Justicia y del Derecho, a solicitud del Contralor de Bogotá D.C., formula a la Sala una consulta acerca de la posibilidad de amparar, mediante póliza de seguro de responsabilidad, a los servidores públicos de las contralorías que desarrollan labores de auditoría dentro del nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por la ley 1474 de 2011.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de orden legal y fáctico que refiere el Ministro en la consulta se resumen en la siguiente forma:

1. La ley 1474 del 12 de julio 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*", más conocida como el Nuevo Estatuto Anticorrupción, en el Capítulo VIII referente a las "*Medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción*" estableció el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal (artículos 97 y ss.), que asigna nuevas funciones a los servidores públicos de las contralorías integrantes de los equipos auditores, consistentes básicamente en la sustanciación y práctica de pruebas y la prestación de apoyo técnico durante las audiencias.

2. La ley 1474 de 2011 instauró así el procedimiento verbal:

“Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

(...)”.

3. Para la implementación del procedimiento verbal, la ley 1474 de 2011 dispone que los órganos de control podrán redistribuir las funciones en las dependencias o grupos de trabajo existentes, de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad (artículo 97 parágrafo 2°), de tal manera que la idea es que un buen número de funcionarios de las contralorías colabore en la tramitación y el desarrollo del procedimiento verbal: algunos pueden ser designados para la sustanciación y práctica de pruebas y deben presidir la audiencia de descargos, ante la ausencia del funcionario del nivel directivo o ejecutivo competente (artículo 98-c) y otros que la ley denomina “profesionales técnicos de apoyo designados”, deben participar tanto en la audiencia de descargos (artículo 100-a) como en la de decisión (artículo 101-a).

4. La consulta cita varias normas del Código de Comercio referentes al contrato de seguro, en aspectos tales como su definición, las partes, el riesgo, los riesgos inasegurables, y el seguro de responsabilidad.

5. La materia de la presente consulta tuvo origen en la petición que la Asociación de Servidores Públicos de la Contraloría de Bogotá – ASOCOB presentó ante la Contraloría de Bogotá D.C. para plantear que, teniendo en cuenta el nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por los artículos 97 a 105 de la ley 1474 de 2011, se debería constituir *“una póliza de defensa judicial que ampare los posibles errores y omisiones involuntarias o de buena fe en que puedan incurrir los funcionarios que formen parte de los equipos auditores de la entidad, los adscritos a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva y los directivos que tomen decisiones relacionadas con los hallazgos de tipo fiscal”.*

6. El Contralor de Bogotá manifiesta, en oficio radicado con el No. 2-2012-03880 del 2 de marzo de 2012: *“Entiende este Despacho que los servidores públicos que forman parte de los equipos auditores desarrollan una tarea asimilada a la instrucción, de acopio de elementos de juicio que permitan concluir si se está ante*

la presencia de un presunto hallazgo fiscal; es una actividad técnica, la cual no implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias”.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, y en consideración a la actividad de los funcionarios de las contralorías designados para ejercer labores de auditoría y prestar apoyo técnico durante la celebración de las audiencias del proceso verbal de responsabilidad fiscal, el Ministro formula las siguientes

PREGUNTAS:

1. *“¿Acorde a las disposiciones legales vigentes, cuándo y en qué casos es procedente amparar con pólizas de seguros las funciones de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría en las contralorías?”*

2. *¿Las pólizas de seguros que amparen el riesgo de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría se limitan exclusivamente a aquellos funcionarios cuya actividad implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias, o también podrían cobijar a aquellos funcionarios designados para la sustanciación y para la práctica de pruebas?”.*

II. CONSIDERACIONES

A. Las pólizas de seguros de responsabilidad profesional o por el desempeño de funciones

La consulta plantea si es procedente amparar mediante una póliza de seguros a los servidores públicos que desempeñan labores de auditoría dentro del nuevo procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, establecido por los artículos 97 y siguientes de la ley 1474 de 2011, el Nuevo Estatuto Anticorrupción.

Se observa que la póliza aludida se refiere concretamente al seguro de responsabilidad, modalidad de seguro que se encuentra regulada por los artículos 1127 y siguientes del Código de Comercio.

Dice así el citado artículo 1127:

“Artículo 1127.- Modificado por el artículo 84 de la ley 45 de 1990. Naturaleza del seguro de responsabilidad civil. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055."

Al respecto se observa que las compañías de seguros expiden los seguros de responsabilidad civil, en la forma más usual, como el amparo básico de la póliza tradicional de automóviles, las pólizas de responsabilidad civil de empresas y de productos y otras clases de coberturas de responsabilidad, encontrándose también las pólizas de responsabilidad profesional, las cuales cubren normalmente el ejercicio de una profesión u oficio o el desempeño de funciones de determinados cargos públicos o privados.

El riesgo amparado por estas pólizas consiste fundamentalmente, como lo establece la norma mercantil transcrita, en cubrir los eventuales errores u omisiones en que incurra una persona en desarrollo del ejercicio de su profesión o un servidor público o empleado privado durante el desempeño de sus funciones y deberes, y que por causa de tales errores u omisiones se produzcan perjuicios a terceros, de manera que la persona asegurada vea comprometida su responsabilidad civil y esté obligada a indemnizar el daño ocasionado.

Estas pólizas tienen, por lo general, el anexo o la cláusula de defensa judicial del asegurado, que cubre hasta determinado monto los gastos y honorarios de abogado para atender el proceso judicial en que se vea envuelto con ocasión de una presunta responsabilidad suya cubierta por la póliza.

B. La contratación de las pólizas de responsabilidad para amparar a los servidores públicos de las contralorías que actúan en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal

En el caso de los servidores públicos de las contralorías se encuentra, y este planteamiento da respuesta a la segunda pregunta, que no solamente los funcionarios competentes para decidir sobre la responsabilidad fiscal de una persona sino también aquellos servidores que, formando parte de los equipos auditores, participan en la sustanciación y práctica de pruebas o prestan apoyo técnico en las audiencias de descargos y de decisión dentro del nuevo procedimiento verbal, pueden incurrir en errores u omisiones que generen eventualmente perjuicios a los presuntos responsables fiscales. Por consiguiente, tanto los funcionarios que deciden como los que integran los equipos auditores pueden ser cubiertos por una póliza de responsabilidad con el amparo de defensa judicial.

Ahora bien, se pregunta de manera general cuándo y en qué casos es procedente tomar dichas pólizas, para lo cual resulta pertinente hacer la siguiente distinción:

1. Las pólizas de responsabilidad por el desempeño de funciones pueden ser tomadas voluntariamente por los servidores públicos que desempeñan funciones de auditoría en las contralorías, ya que no existe una norma legal que establezca este seguro como obligatorio, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto ley 663 de 1993, los seguros obligatorios únicamente pueden ser establecidos por la ley¹.
2. Dichas pólizas podrían también ser tomadas por las contralorías, bien en cumplimiento de una norma legal que les impusiera tal obligación, la cual ciertamente no existe en el momento actual, o por decisión autónoma dentro de sus políticas de operación y administración, con la finalidad de brindar confianza y seguridad a los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, por la protección económica que confiere el seguro, y siempre y cuando cuenten con la partida presupuestal necesaria para el pago de las primas correspondientes.

III. LA SALA RESPONDE

1. "¿Acorde a las disposiciones legales vigentes, cuándo y en qué casos es procedente amparar con pólizas de seguros las funciones de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría en las contralorías?"

Teniendo en cuenta la atribución de nuevas funciones de auditoría a los servidores públicos de las contralorías en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal establecido por la ley 1474 de 2011, que es el contexto dentro del cual se eleva la consulta, dichos servidores públicos se pueden amparar con pólizas de seguros de responsabilidad profesional o por el desempeño de sus funciones que incluyan el amparo de defensa judicial.

2. "¿Las pólizas de seguros que amparen el riesgo de los servidores públicos que desarrollan funciones de auditoría se limitan exclusivamente a aquellos funcionarios cuya actividad implica la toma de decisiones sancionatorias o condenatorias, o también podrían cobijar a aquellos funcionarios designados para la sustanciación y para la práctica de pruebas?"

Las pólizas de seguro de responsabilidad profesional o por el ejercicio de las funciones de los mencionados servidores públicos pueden cubrir tanto a los

¹ EOSF. "Artículo 191. Creación de seguros obligatorios. Solamente por ley podrán crearse seguros obligatorios."

funcionarios competentes para la toma de decisiones como a los encargados de la sustanciación y práctica de pruebas.

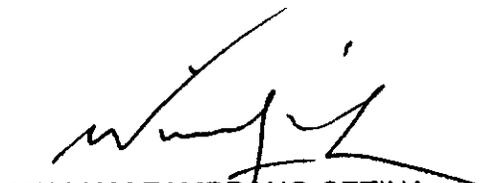
Remítase a la señora Ministra de Justicia y del Derecho y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.



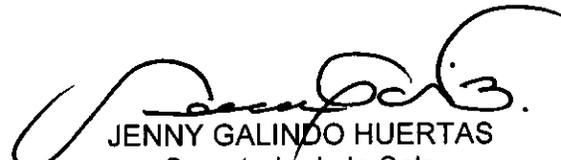
AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado



JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

03 OCT. 2016 LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 3 DE OCTUBRE DE 2016