

80112-IE39717

Bogotá D.C., Julio 22 de 2010.

Doctora  
TATIANA GONZÁLEZ TORRES  
Contralora Delegada para Investigaciones,  
Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva  
Contraloría General de la República  
Ciudad

ASUNTO: Proceso de Responsabilidad Fiscal - Prescripción Pólizas de Seguros - Sentencia Consejo de Estado.

## 1. ANTECEDENTE

En oficio N°. 2010IE34313 del 24 de junio de 2010 solicita a esta Oficina fijar la posición institucional respecto a lo sostenido por el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo/10, radicación 25000-23-24-000-2004-00529-01, donde fue actora la compañía Liberty de Seguros S.A. Urge una respuesta, pues corren términos perentorios sobre varias decisiones de fondo que deben ser tomadas en procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las dependencias de la Delegada a su cargo.

La aseguradora Liberty de Seguros S.A. entabló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el fallo con responsabilidad fiscal del 22 de julio de 2003 proferido por el Grupo de Investigaciones de la Gerencia Departamental del Cauca de la CGR y contra las decisiones que resolvieron los recursos interpuestos, por los cuales se la declaró civilmente responsable en razón de la póliza N°. 398237 Tomador: Asociación Mutual Pienzasalud ISS Gustavo Vivas Yacué, Asegurado o Beneficiario: Dirección Departamental de Salud del Cauca, valor \$ 117'601.321, vigencia 1°. de abril de 1997 a 1°. de mayo de 1998.

En fallo de primera instancia del 23 de agosto de 2007 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del fallo de la CGR, al considerar que las condiciones generales de la póliza excluían las reclamaciones presentadas por la Contraloría en razón de responsabilidad fiscal.

Subida esa sentencia a la sección primera del H. Consejo de Estado para desatar el recurso de apelación, juzgó a cambio esa Corporación en primer término que la cláusula de exclusión de responsabilidad fiscal prevista en las condiciones generales de la garantía era *jurídicamente irrelevante*, por cuanto el art. 44 de la Ley 610 de 2000 ordena vincular al proceso a la aseguradora, norma que ostenta carácter de orden público e indisponible para los particulares, al regular una actividad pública como es el control fiscal, conforme lo establece el art. 267 de la Constitución Política.

Pasó luego empero a confirmar la declaración de nulidad del fallo de la CGR, sosteniendo que aunque la Contraloría puede ordenar hacer efectiva la póliza ante la inactividad de la entidad pública, debe observar el plazo de prescripción de dos años del art. 1081 del C. de Comercio “...para vincular al garante como civilmente responsable”.

Explicó que en el caso concreto la póliza estuvo vigente hasta el primero de mayo de 1998, en tanto que el fallo con responsabilidad fiscal del 22 de julio/03 le fue notificado a Liberty S.A. el dos de septiembre/03 habiendo transcurrido en exceso el término de dos años -más de cinco años- de que trata el art. 1081 del Código de Comercio.

## 2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Estima el H. Consejo de Estado en la providencia examinada que se produce la prescripción de la póliza de seguros en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal luego de pasados dos años desde el momento que se adquiere noticia del hecho que da base a la reclamación, conforme a lo reglado en el art. 1081 del código de los comerciantes.

Con todos los respetos por las decisiones judiciales, nos permitimos separarnos de ella puesto que contiene algunas afirmaciones discutibles, en cuanto supone en primer término que media identidad entre los contratos de seguros que pactan los particulares entre sí y los convenidos a favor del Estado.

Recordemos que cuando se constituye una póliza que ampara un contrato estatal se resguarda el patrimonio público del daño que puede crear el cumplimiento tardío o defectuoso o el incumplimiento definitivo de las obligaciones del contratista.

Se protegen con ella entonces los intereses de la colectividad, superiores al simple interés de los particulares, gozando la garantía de un régimen jurídico especial, diverso del aplicable a las relaciones jurídicas privadas.

Se distingue por ejemplo la póliza del contrato estatal de la otorgada en beneficio de una persona privada por la circunstancia de que la primera no finaliza por falta de pago de prima (inc. 2º. art. 7º. Ley 1150/07), en tanto que el art. 1068 del C. Com. enseña que la mora en su pago produce la terminación automática del contrato.

Creemos pues que tampoco se sujetan al término prescriptivo del código comercial las pólizas a favor de entidades estatales cuando se incorporan a un proceso de responsabilidad fiscal.

Nótese que por mandato constitucional el control fiscal que practican las Contralorías es de carácter posterior, no preventivo ni previo, se despliega sobre proyectos ya ejecutados sin que constituya una administración paralela (inc. 2º. art. 267 Const. Política), por lo que no se ciñen a ese margen de tiempo que sí corre contra los celebrantes del contrato de seguros, que se mantienen en contacto directo con el desarrollo del vínculo amparado y sus incidencias, de las que pueden dar aviso oportuno.

Para que caiga obligación indemnizatoria sobre la aseguradora debe mediar además un pronunciamiento de responsabilidad fiscal. La existencia de la obligación que tienen que satisfacer las compañías de seguros depende incluso *cronológicamente* de los resultados de ese proceso, a cuyos términos por ende se someten.

Acentuemos también que la prescripción es un instituto que castiga la inactividad del acreedor, impidiendo el ejercicio intempestivo y tardío de la acción, sin que lo sea cuando la actuación se amolda a los plazos pronosticados por la ley para declarar la responsabilidad fiscal.

Recordemos del mismo modo que la prescripción no se funda en consideraciones de justicia, sino en razones de seguridad jurídica, por lo que lo normal debe ser que las acciones se ejerciten y no que se extingan, pues nacen para desplegar efectos, no para prescribir.

*Dra. TATIANA GONZÁLEZ T., Delegada Investigaciones, Página 4 de 4*

No hay claridad por último en la sentencia estudiada acerca del extremo en que expira el término prescriptivo, si lo es el momento en que se llama a la aseguradora a las diligencias o el de la notificación del fallo.

Se subraya en efecto en un aparte que “...es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable...” (Subrayado nuestro).

Al calcular más adelante el plazo en el caso analizado lo contabiliza empero ese alto Tribunal entre la fecha en que perdió vigencia la póliza (1º. de mayo/98) y la notificación del fallo con responsabilidad fiscal (2 de septiembre/03), sin tomar en consideración el momento de la vinculación del garante al proceso, en oposición a lo manifestado en el extracto que viene de citarse.

Luego de lo dicho, nos permitimos disentir de la decisión de ese órgano colegiado al no ofrecer conclusiones estables y seguras.

Cordial Saludo,

*(Original firmado)*  
LUIS GUILLERMO CANDELA C.  
Director Oficina Jurídica

*Proyectó: Carlos Daniel Cuenca Valenzuela, Profesional  
Revisó: Juan C. Luna, Coordinador  
Radicado 2010IE34313*