

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

La prescripción extintiva de las acciones en el contrato de seguro y el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

Katheryne Lizzbeth Suárez Perilla

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, D.C., Colombia

2023

La prescripción extintiva de las acciones en el contrato de seguro y el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

Katheryne Lizzbeth Suárez Perilla

Trabajo final de investigación presentado como requisito parcial para optar al título
de:

Magister en Derecho

Director:

Profesor Rafael Ariza Vesga

Codirector:

Profesor Oscar Andres Lizarazo Cortes

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá, D.C., Colombia

2023

Resumen

La prescripción extintiva de las acciones en el contrato de seguro y el proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

La vinculación de las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal en Colombia, es objeto de importantes discusiones jurídicas entre el sector asegurador y reasegurador, la Contraloría General de la República y las autoridades jurisdiccionales, cuando nos referimos al término de prescripción del contrato de seguro, y la determinación del plazo que debe tener en cuenta el operador jurídico al momento de vincular a la aseguradora al proceso fiscal. Lo anterior, debido a la ausencia de regulación específica o, en su defecto, por falta de jurisprudencia que unifique la variedad de interpretaciones que han surgido sobre la materia.

Por esta razón, partiendo de los fundamentos argumentativos de las teorías sobre la antinomia jurídica y los criterios interpretativos que ha desarrollado el Consejo de Estado sobre el tema, en el presente trabajo se estudia la contradicción normativa entre los artículos 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, que rigen hoy en Colombia. Así mismo, se plantea una solución a este conflicto normativo, analizando desde la teoría de la función social del Derecho Contractual la procedencia de aplicar, a instancia de la acción fiscal, el término de prescripción regulado por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, sin inobservar el artículo 1081, con el fin de que prevalezca la protección del patrimonio público; reclamando de paso, del legislador su intervención para fortalecer las garantías contractuales del asegurador cuando se asuman riesgos a favor del Estado.

Palabras clave: contrato de seguro, prescripción extintiva, antinomia jurídica, acción de responsabilidad fiscal, función social del contrato, equilibrio contractual.

Abstract

The extinctive prescription of actions in the insurance contract and the fiscal liability process in Colombia

The linkage of insurance companies to fiscal liability processes in Colombia is the subject of significant legal discussions between the insurance companies, Republic's Comptroller-General's Officer, and judges, this is particularly when we refer to the statute of limitations of the insurance contract and the determination of the term that comptroller's offices at the time of linking in the fiscal liability process. This is due to the absence of specific regulation or, failing that, the lack of jurisprudence that unifies the variety of interpretations that have arisen on the subject.

For this reason, based on the argumentative foundations of theories about legal antinomy and the judgments interpretive developed by the Council of State on the subject, this work examines the normative contradiction between article 1081 of the Commercial Code and article 120 of Law 1474 of 2011, which currently govern in Colombia. Likewise, a solution to this normative conflict is proposed, analyzing from the theory of the social function of contractual law the appropriateness of applying, at the instance of the fiscal action, the statute of limitations term regulated by article 120 of Law 1474 of 2011, without the article 1081 application, in order to prioritize the protection of the funds and assets of the Nation. In doing so, it calls on the legislator to intervene to strengthen the contractual guarantees of the insurer when assuming risks in favor of the State.

Key words: insurance contract, statute of limitations, legal antinomy, fiscal liability action, social function of the contract, contractual balance.

Contenido

Resumen	III
Abstract	IV
Introducción	1
1. Capítulo I: La prescripción extintiva de las acciones y su aplicación en el Derecho de Seguros	6
1.1. Régimen general de la prescripción:	7
1.1.1. Antecedentes históricos:.....	7
1.1.2. Definición:	9
1.1.3. Clases de prescripción:	11
1.2. La prescripción en el Derecho Colombiano:	14
1.2.1. La prescripción en el Derecho Civil:	14
1.2.2. La prescripción en el Derecho Comercial:	19
1.3. La prescripción extintiva en el Derecho de Seguros:.....	20
1.3.1. Aspectos generales del contrato de seguros:.....	20
1.3.2. Prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguros:....	22
1.3.3. Prescripción extintiva en el seguro de responsabilidad:	34
1.3.4. Prescripción extintiva en el seguro de cumplimiento:	37
2. Capítulo II: El contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia	45

2.1.	La gestión y el control fiscal en Colombia:.....	46
2.1.1.	Naturaleza jurídica:	46
2.1.2.	Marco jurídico:	49
2.1.3.	Órganos que ejercen control fiscal:	54
2.1.4.	Sujetos de control fiscal:	59
2.2.	El proceso de responsabilidad fiscal en Colombia:.....	62
2.2.1.	Naturaleza de la responsabilidad fiscal:	62
2.2.2.	Sujetos de la responsabilidad fiscal:.....	64
2.2.3.	Elementos de la responsabilidad fiscal:.....	66
2.2.4.	La acción de responsabilidad fiscal:	75
2.3.	Vinculación de las aseguradoras como terceros civilmente responsables al proceso de responsabilidad fiscal:	91
2.3.1.	Aspectos generales:.....	91
2.3.2.	Contratos de seguros con incidencia fiscal:.....	96
2.3.3.	Declaratoria de responsabilidad a cargo del asegurador:.....	97
2.3.4.	Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal:	99
2.4.	Discusiones frente a la aplicación del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal:	100
3.	Capítulo III: La antinomia jurídica entre el artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción.....	116
3.1.	La antinomia jurídica:	116
3.2.	Especialidad de las normas como criterio para resolver la antinomia jurídica entre el artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción en Colombia:	118
3.3.	Eficacia normativa de la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro: Código Comercio vs. Estatuto Anticorrupción:.....	121

3.4. El solidarismo contractual y su incidencia en la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro a instancia del proceso de la acción fiscal: .	122
3.4.1. Teoría del solidarismo contractual:.....	124
3.4.2. Límites a la autonomía privada:	128
3.4.3. La función social del contrato de seguro:	131
3.5. Sugerencias que le permitan a la industria aseguradora asumir riesgos en favor del Estado con mejores garantías contractuales:.....	134
3.5.1. Establecimiento de tasas especiales en el cobro del valor de la prima: 137	
3.5.2. Limitar el monto de la indemnización al valor real del detrimento patrimonial, sin incluir indexaciones adicionales:.....	138
3.5.3. Establecimiento de contragarantías por parte de funcionarios públicos y particulares al momento de expedir seguros a favor del Estado:	139
Conclusiones.....	141
Bibliografía	145

Gráficas

Gráfica No. 1: Flujograma indagación preliminar.

Gráfica No. 2: Flujograma proceso ordinario de responsabilidad fiscal.

Gráfica No. 3: Flujograma proceso verbal de responsabilidad fiscal.

Introducción

El régimen de la prescripción extintiva o liberatoria tiene su razón de ser en el interés general y, como es obvio, en el imperativo de evitar que las obligaciones sean irremediabiles; en ese sentido, la figura de la prescripción busca introducir seguridad en las relaciones jurídicas, ya que todo derecho ejercido de manera extemporánea atenta contra el orden público.

No obstante, en ciertas situaciones de orden jurídico, la función de la prescripción extintiva se hace ineficaz con la existencia de unos términos que con el cambio constante de las relaciones jurídicas se vuelven excesivas y confusas y, aún más, cuando el legislador, la doctrina y jurisprudencia tienen establecido que tales términos son inmodificables al ser considerados -como ya se indicó- de orden público; de ahí que los pactos entre particulares para reducir sus plazos son inoperantes, aspecto que también se observa en las decisiones judiciales.

Dicho esto, la prescripción extintiva de las acciones que derivan del contrato de seguro en Colombia, especialmente, aquella que se materializa en la acción de responsabilidad fiscal, constituye hoy en día un tema de indudable actualidad jurídica, que cobra mayor importancia en la medida que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran vigentes varias normas que regulan este término prescriptivo.

El Código de Comercio en su título V¹ artículo 1081, contempla dos modalidades extintivas de las acciones que provienen de este contrato mercantil, respecto de las cuales, para la prescripción ordinaria se asignó un término de dos (2) años, contados

¹ “Del contrato de seguro”.

a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da causa a la acción, y para la prescripción extraordinaria, consagra un término máximo de cinco (5) años, contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas.

Cuando en el contrato de seguro aparecen sujetos calificados y objetos de aseguramiento especiales, como lo son las entidades territoriales, las instituciones públicas, los funcionarios públicos y particulares que manejan recursos públicos y/o los bienes del Estado, y si ellos son sujetos u objeto de investigación por parte de los operadores jurídicos de la Contraloría General de la República y contralorías territoriales en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, el término de prescripción de las acciones que derivan del seguro sufre modificaciones en su aplicación.

En este punto, vale la pena aclarar que si la entidad pública y/o territorial asegurada reclama directamente la efectividad de la póliza ante el asegurador, el término de prescripción ordinario de esta reclamación siempre será de dos (2) años según lo dispuesto en el Código Comercio. No obstante, si la reclamación la realiza algún ente de control fiscal (en representación de la entidad pública asegurada) a través de la acción de responsabilidad fiscal, aparece un conflicto normativo entre la aplicación de los términos prescriptivos que rigen el seguro contenidos en el Estatuto Mercantil (artículo 1081) y el término prescriptivo fijado por la Ley 610 de 2000 (artículo 9) modificado por la Ley 1474 de 2011 (artículo 120) y el Decreto Ley 403 de 2020 (artículo 127²), aplicable al proceso de responsabilidad fiscal.

Lo anterior, por cuanto la Ley 610 de 2000 que regula el trámite para adelantar la acción de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, ordena la vinculación de las aseguradoras en calidad de terceros civilmente responsables, cuando éstas han amparado un riesgo a través de pólizas de seguro (relacionados con la afectación de patrimonio público por el

² Recientemente la Corte Constitucional de Colombia declaró inexecutable los artículos 124 al 148 del Decreto Ley 403 del 2020 que modifican disposiciones contenidas en la Ley 610 de 2000. Véase: Sentencia C-090 del 10 de marzo de 2022.

incumplimiento de las obligaciones de un contrato estatal, la conducta de los servidores públicos y la pérdida o daño de los bienes amparados).

A su vez, estipula que esta acción tendrá un término de prescripción de cinco (5) años contados a partir del auto que da apertura al proceso respectivo y hasta la ejecutoria de la providencia que declare o no la responsabilidad fiscal. Razón por la cual, el artículo 120 de la ley 1474 de 2011, señala que el término de prescripción de la acción fiscal contenido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, también se aplicará a las pólizas de seguro vinculadas a este proceso, esto es, el quinquenio en comento. Empero, es importante resaltar que el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, no indica a partir de cuándo debe contarse dicho término para que proceda la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, es decir, si desde la ocurrencia del hecho objeto de investigación fiscal, el conocimiento del hecho por el ente de control fiscal, o desde la apertura de esta acción; vacío normativo que no fue subsanado con la entrada en vigor del reciente Decreto Ley 403 de 2020.

En ese orden de ideas, nos encontramos ante una antinomia jurídica, donde dos normas que se relacionan tienen consecuencias jurídicas distintas. Si bien, el artículo 1081 del Código de Comercio establece que el término de prescripción (ordinario) para las acciones derivadas del contrato de seguro es de dos (2) años, ese mismo supuesto se encuentra en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto Ley 403 de 2020, pero ampliada a un plazo de cinco (5) años.

Contradicciones normativas que han sido analizadas y discutidas por el Consejo de Estado, la Federación de Aseguradores Colombianos (FASECOLDA), Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), la Contraloría General de la República y expertos tratadistas, sin que aún exista una interpretación uniforme sobre este tema, generando así constantes enfrentamientos entre el sector asegurador y los entes de control fiscal. Teniendo en cuenta que las aseguradoras han argumentado que su vinculación al proceso se realiza en virtud de una relación contractual (contrato de seguro) y no como sujeto activo que cometió la conducta objeto de reproche, sostienen que debe tenerse en cuenta el término de los dos (2) años que regula el artículo 1081 del Código de Comercio (como norma de Derecho

Privado), mientras que la Contraloría General de la República indica que se debe aplicar el término de los cinco (5) años, según lo señalado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 (norma de Derecho Público). Sin embargo, no todas las contralorías territoriales tienen en cuenta el término regulado del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, pues algunas si aplican el término que señala el artículo 1081 del Estatuto Comercial³.

A su vez, ha surgido una posición interpretativa en el órgano jurisdiccional, toda vez que la Sección Primera del Consejo de Estado manifestó que, a instancia de la acción fiscal, debe aceptarse el término de prescripción extintiva de los dos (2) años que dispone el Código de Comercio mientras, la Sección Quinta se aleja de esta postura señalando que para el contrato de seguro vinculado al proceso fiscal se tiene que aplicar el término de cinco (5) años normado en el Estatuto Anticorrupción.

Conflicto que se acentúa, aún más, con el Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019, que reformó el régimen del control fiscal en Colombia, y que trajo consigo la expedición del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, que en su artículo 127 (modifica el artículo 9 de la Ley 610 de 2000) establece que la acción de responsabilidad fiscal caducará a los diez años (10) años si no se ha proferido auto de apertura y mantiene la prescripción de la acción en cinco (5) años. No obstante, para efecto de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, esta norma no indica a partir de cuándo debe contarse dicho término, si desde la ocurrencia del hecho generador del daño; el conocimiento del daño por el ente de control; la apertura del proceso de responsabilidad fiscal; o desde la vinculación formal de la aseguradora al proceso.

En virtud de lo expuesto, este trabajo tiene su razón de ser y su inspiración en abordar y resolver de manera crítica y propositiva la antinomia jurídica que, evidentemente, se encuentra materializada en los artículos 1081 del Código de Comercio y 120 de la

³ Entre los entes de control fiscal a nivel territorial, que se apartaron en su momento, de los argumentos interpretativos de la Contraloría General de la República, encontramos a la Contraloría General de Antioquia y la Contraloría General del Meta.

Ley 1474 de 2011, enfrentamiento que por muchos años ha generado una inseguridad jurídica.

Con esto de presente, el primer capítulo tiene un carácter introductorio y, en consecuencia, su objetivo consiste en conceptualizar desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, el régimen general de la prescripción, la regulación de la prescripción en el ordenamiento jurídico colombiano y su aplicación en el contrato de seguro.

En el segundo capítulo, se desarrollará íntegramente el estudio del contrato de seguro y su incidencia en el proceso de responsabilidad fiscal; para, luego, realizar una deconstrucción del problema investigativo exponiendo las diferentes discusiones que desde la entrada en vigor de la Ley 610 del 2000, se han dado frente a la aplicación del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal.

Por último, en el tercer capítulo se validará la hipótesis aplicando las teorías de interpretación normativa y de la antinomia jurídica, para solucionar la contradicción entre los artículos 1081 del Código de Comercio, 120 de la Ley 1474 de 2011 y 127 del Decreto Ley 403 de 2020, de conformidad con el principio de especialidad de las leyes que se aplican para las normas de igual jerarquía y, en consecuencia, se demostrará que, bajo el argumento de la función social del Derecho Contractual, es procedente a instancia del proceso de responsabilidad fiscal aplicar el término de prescripción en el contrato de seguro regulado en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, con el fin de hacer prevalecer la protección del patrimonio público, y, con ello, sugerir algunas soluciones que permitan equilibrar la relación contractual de las aseguradoras frente al Estado, sobre todo en aquellos contratos de seguros que comúnmente son vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal.

1. Capítulo I: La prescripción extintiva de las acciones y su aplicación en el Derecho de Seguros

Todos los sistemas jurídicos tienen la intención de salvaguardar los derechos de sus asociados y de exigirles el cumplimiento de sus obligaciones. En ese sentido, el derecho, desde la antigüedad, creó una figura jurídica que se cimenta en la consolidación de las situaciones jurídicas con el transcurso del tiempo⁴. El tiempo es un fenómeno natural que influye de manera directa en el Derecho, ya que crea situaciones jurídicas que cuentan desde un momento con la confianza de haberse consolidado, lo que provoca un efecto jurídico. Dicho esto, podemos afirmar que una de las expresiones más importantes, desde el punto de vista de sus efectos, es la institución de la prescripción, que da lugar a la adquisición o pérdida de derechos por el transcurso del tiempo.

De acuerdo con lo anterior, la prescripción ha sido objeto de estudio y análisis constante por parte de la doctrina, así como de las altas cortes en Colombia que han contribuido en la unificación de sus criterios y alcance de aplicación.

En este orden de ideas, en este primer capítulo se abordan de manera sucinta los antecedentes históricos, concepto, elementos, clasificación y efectos del régimen tradicional de la prescripción, con el objetivo de establecer un marco general de esta

⁴ OROZCO PARDO, Guillermo. De la prescripción extintiva y su interrupción den el Derecho Civil. Granada: Editorial Comares, 1995. p. 34.

institución; para, luego, enfocarnos en el régimen de prescripción extintiva y su aplicación en el Derecho Privado Colombiano, particularmente, en el contrato de seguro.

1.1. Régimen general de la prescripción:

1.1.1. Antecedentes históricos:

Autores como PEDREIRA GONZÁLEZ, sostienen que el concepto *prescripción* se dio a conocer por primera vez en la antigua Grecia para referirse a la prescripción del delito contenido en el Derecho Penal: “existen datos que apuntan a que ya en la Grecia clásica se conoció esta institución. Sirven de apoyo a esta teoría determinados textos atribuidos a Demóstenes y Lisias, de los que se deduce, con poco margen para las dudas, que los griegos admitieron la prescripción del delito, excepto para algunos supuestos imprescriptibles”⁵.

Por su parte, OSPINA FERNANDEZ, señala que la prescripción tuvo su desarrollo teórico en Roma, toda vez que el término viene del latín *praescriptio*⁶ sustantivo correspondiente al verbo *praescribere*, nombre que se le dio a la parte accesoria del sistema de fórmulas procesales⁷, implementadas en el Derecho Romano para efectos

⁵ PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix M^a. Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho Romano a través de dos aportaciones fundamentales.

⁶ PRAESCRIPITIO. (De *praescribo*, escribir al frente, reglar, establecer, etc.). Este término fue utilizado en Roma con un doble significado: 1) Prejudicial o pro actore. Parte extraordinaria de la fórmula (v.) que tenía por finalidad limitar el campo de la controversia, evitando el efecto consuntivo de la litis *contestatio*. Por ejemplo: La reserva que hacía el actor de ampliar la demanda por vencimientos sucesivos de obligaciones que tenían la misma causa. Si no constaba la *praescriptio*, por cada nuevo vencimiento tenía que incoar un nuevo juicio. 2) Como prescripción extintiva o pro reo cuando se hacía valer como una *exceptio* y tenía por fin considerar extinguidas las acciones por el transcurso del tiempo o en la última época, dar por adquirido un derecho real por la posesión ejercida *animus domini* durante los periodos legales establecidos. GUERRIERO, Ángel Hugo. Diccionario de Derecho Romano. Valleta Ediciones S.R.L., 2008. p. 346.

⁷ La fórmula era un «comprimido jurídico elaborado de antemano por el Pretor, a disposición de los litigantes, que en forma silogística contenía dos proposiciones y una conclusión alternativa» (...) Se distinguen en la fórmula unas partes principales y otras accesorias. Las primeras son en cuenta que un determinado tipo de acciones o fórmulas tendrá siempre las mismas partes de esa clase, mientras que las accesorias pueden darse o no o varias, no ya en cada tipo de acción sino incluso en cada pleito en concreto.

de extinguir las acciones personales por el transcurso del tiempo, lo que se conoce hoy en día con el nombre de prescripción extintiva de la acción⁸.

Ahora bien, en el Derecho Romano también se llamó prescripción a la *usucapión* como modo de adquirir el dominio de los bienes; GÓMEZ DUQUE,⁹, manifiesta que esta figura jurídica se dio a conocer con las Doce Tablas para indicar la posesión sobre las cosas. La figura jurídica de la *usucapión* fue revolucionaria en el Derecho Romano, pues ayudó a resolver litigios sobre propiedad que se eternizaban en el tiempo; cabe aclarar que ésta no se aplicaba sobre todas las cosas, solo podía desplegarse sobre la *res habilis* (cosas idóneas).

Sobre el particular, MEDELLÍN, indica sobre este tema que en la época de la monarquía romana las acciones judiciales eran perpetuas, es decir que en cualquier momento el interesado podía comparecer ante el juez y alegar su derecho, por lo que no estaba sujeto a la extinción por un tiempo determinado; pero lentamente se tuvo

⁸ Al respecto, indica el que la prescripción (preascriptio) fue una institución de origen y naturaleza procesal. No se la concibió como un modo de adquisición o de extinción de los derechos patrimoniales, sino como un motivo de extinción de las acciones judiciales por su prolongada falta de ejercicio. Así, la usucapión, más que un modo de adquirir el dominio por la posesión de la cosa ajena implicaba la preclusión de la acción reivindicatoria del dueño por no haberla ejercido durante el término fijado para el efecto por el derecho pretorio; y de la misma manera, la prescripción liberatoria del deudor, más que un modo de extinguir el vínculo obligatorio era una causal de caducidad de la acción ejecutiva del acreedor por no haberla ejercido durante el lapso prefijado para hacerlo. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Octava Edición. Bogotá, D.C: Editorial Temis, 2019. p. 465.

⁹ GÓMEZ DUQUE, Arturo. Régimen de seguros. El contrato de seguro parte general. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2014. p. 569.

en consideración el hecho de no ejercitarse la acción por parte del titular para que ésta se extinguiera, surgiendo así la prescripción a mediano¹⁰ y largo¹¹ plazo¹².

Es así como en un principio, para los romanos la prescripción se desarrolló en el campo estrictamente procesal y así se consagró, en cierta medida en el Derecho Moderno; pero con la evolución del derecho canónico, en tránsito al derecho moderno, especialmente, con la expedición del Código Napoleónico, la prescripción pasó a tener un carácter sustancial que fue acogido por los ordenamientos jurídicos actuales.

1.1.2. Definición:

Existen diversas definiciones¹³ sobre la prescripción jurídica, que permiten comprender mejor su naturaleza y alcance, siendo la más común “el modo de adquirir el dominio de una cosa mediante la posesión continuada por cierto tiempo; y de libertarse de una obligación ó carga mediante el transcurso de cierto tiempo”¹⁴.

¹⁰ PRAESCRIPITIO LONGI TEMPORIS. La prescripción de largo tiempo fue instaurada en la época imperial como medio de proteger a los poseedores de fundos provinciales (v.) -tanto romanos como peregrinos- que comenzaron a poseerlos con justa causa y buena fe (*justa causa et bona fides*) y lo continuaron haciendo por el término de diez años entre presentes -o sea, entre los habitantes de una misma provincia-, y veinte entre ausentes -o sea entre los habitantes de distintas-. No era un medio de adquirir adquisición de dominio sino simplemente de repeler (*exceptio*) las acciones de quien alegara tener mejor derecho de poseer. GUERRIERO, Ángel Hugo. Diccionario de Derecho Romano. Valleta Ediciones S.R.L., 2008. p. 346.

¹¹ PRAESCRIPITIO LONGISSIMI TEMPORIS. La prescripción de muy largo tiempo fue introducida por un rescripto de Constantino. En su virtud de quien hubiese poseído durante cuarenta años, aunque sea sin título ni buena fe, podía oponerse a quien alegara mejor derecho. Justiniano la receptó, pero reconociéndole ya carácter adquisitivo de manera tal que quien hubiese poseído un bien durante treinta años, aun sin título, pero con buena fe inicial, adquiriría su propiedad. El término se extendía a cuarenta tratándose de bienes pertenecientes al fisco, a la iglesia, a una obra pía, al emperador o a la emperatriz. Teodosio II, por su parte, estableció que a los treinta años prescribirían todas las acciones perpetuas. GUERRIERO, Ángel Hugo. Diccionario de Derecho Romano. Valleta Ediciones S.R.L., 2008. pp. 346-347.

¹² MEDELLÍN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Decimoséptima Edición. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2013. p. 241.

¹³ Por ejemplo: "La prescripción es un modo de adquirir o de liberarse de una obligación o de una acción, por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley", "La prescripción es el medio por el cual se extinguen los derechos por el transcurso del tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley" o "La prescripción es un plazo que la ley concede para el ejercicio de los derechos, y si este término transcurre sin que se haya hecho uso de ellos, quedan extinguidos".

¹⁴ ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición. París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851. p. 1368.

Por su parte, OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, señala que la prescripción en general es:

La voz prescripción es anfibológica. Unas veces denota el modo de adquirir -a través del tiempo- el dominio y otros derechos reales (...). Otras veces significa el modo de extinguir -a través del tiempo- los derechos patrimoniales en general, como los mencionados derechos reales y los derechos crediticios u obligaciones, y también la caducidad de ciertas acciones que no tienen por objeto la efectividad de un específico derecho patrimonial propiamente dicho, como las acciones de nulidad, rescisión, revocación y resolución de los actos y contratos, acepción ésta que, por el efecto extintivo a que mira, se denomina prescripción extintiva¹⁵.

Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que:

La prescripción, en sentido amplio -adquisitiva y extintiva-, desde sus albores, se justificó en la inexorable necesidad de conjurar la perpetuidad de ciertas situaciones especiales, provocadas por el implacable transcurso del tiempo, aunada a la inactividad de los titulares de derechos y acciones, que ocasionaba a otros perjuicio e indiscutida incertidumbre (...).

De otro lado, se hacía imperativo impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran indefinidas, por cuanto ello implicaba que las acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido, posibilidad que, sin duda, lesionaba los derechos de la persona en contra de quien se dirigieran las mismas, en particular el de defensa¹⁶.

Atendiendo a lo anterior, se puede decir que la relación bilateral entre el derecho ejercido y el acto de voluntad (manifestación de señor y dueño) determina el nacimiento de la prescripción adquisitiva y en cuanto a la prescripción extintiva, es suficiente con la unilateralidad del titular de dejar transcurrir el tiempo que la ley le otorga para ejercer sus derechos y acciones.

De manera que, existe una unidad conceptual, donde se puede observar que, en esencia, el término *prescripción* es el mismo para todos los ordenamientos jurídicos

¹⁵ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, citado por FONCESA JARAMILLO, Claudia. La prescripción extintiva y la caducidad. En: Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes. No. 31 (enero 2004), p. 183.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia STC17213-2017 del 20 de octubre de 2017. Expediente T-7600122030002017-00537-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

pues, esta institución jurídica determina el nacimiento o la expiración de un derecho sujeto a una condición que se encuentra delimitada al transcurso del tiempo, que permite la estabilidad y certeza en las relaciones jurídicas, evitando que las personas vivan en la incertidumbre y la inseguridad respecto a los derechos y obligaciones que les corresponden.

1.1.3. Clases de prescripción:

Como ya lo vimos, la prescripción es un fenómeno en el que por el paso del tiempo se pueden adquirir o extinguir derechos y obligaciones. En este sentido, con fundamento en los antecedentes del Derecho Romano la prescripción se clasifica en:

- ❖ **Prescripción adquisitiva¹⁷**: es aquella por medio de la cual se puede adquirir cosas ajenas por haberlas poseído durante un periodo de tiempo, y
- ❖ **Prescripción extintiva¹⁸**: es aquella que cesa acciones o derechos porque no se han ejercido durante cierto tiempo.

En este punto, vale la pena indicar que, aunque las dos figuras utilizan el mismo fundamento (el transcurso del tiempo), sus consecuencias jurídicas son completamente diferentes. Por ejemplo, en la prescripción adquisitiva, el titular del derecho real no hace manifestaciones de señor y dueño en relación con un bien, situación que si es desarrollada por un poseedor que de manera expresa se comporta como el titular del derecho real, y esto unido al transcurso del tiempo, le permite adquirirlo; en tanto que en la prescripción extintiva, el acreedor no hace exigible la

¹⁷ PRESCRIPCIÓN DE DOMINIO. El modo de adquirir o hacer suya alguna cosa por tener la posesión de ella todo el tiempo que prefiere la ley. ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición. París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851. p. 1369.

¹⁸ PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN. El modo de liberarse de una obligación por no haberse pedido su cumplimiento durante el tiempo fijado por la ley; o bien: la extinción de una deuda por no haber usado de su derecho el acreedor contra el deudor dentro del tiempo por la ley. La prescripción sirve para adquirir la libertad o exoneración de una carga, obligación o deuda, luego que el acreedor a dejado pasar el tiempo que le estaba prefijado para usar de su acción o derecho. Resulta de aquí que prescribir una acción u obligación no es lo mismo que prescribir una cosa, v. gr. una heredad o viña: prescribir una cosa es adquirirla o hacerla suya; y prescribir una acción u obligación es por el contrario extinguirla o acabarla. Ibid., p. 1370.

obligación a su deudor, y éste queda liberado de ella. En ese sentido, la ley impone un plazo máximo para cada modalidad de relación jurídica, a fin de que el acreedor haga exigibles las prestaciones a cargo del deudor. Pero si transcurrido dicho tiempo se dan las condiciones señaladas en la ley, el acreedor podrá perder la posibilidad de lograr la satisfacción de la obligación.

Ahora bien, la doctrina expone varias razones, para justificar la existencia de estas dos clases de prescripción, entre ellas tenemos: i) el interés social de que las relaciones jurídicas no queden inciertas por largo tiempo; ii) la presunción de aquel que descuida el ejercicio del propio derecho no tiene la voluntad de conservarlo; y iii) la necesidad de castigar la negligencia.

Sobre el particular, ESCRICHE MARTÍN, indica que la prescripción es una institución de carácter social porque “se apoya en el público interés, que no puede permitir la disminución de la riqueza nacional con el descuido con que algunos miran sus bienes, ni la incertidumbre y poca seguridad de las propiedades, ni el peligro a que aún aquellas personas que hubiesen librado de una obligación por un medio legítimo, por lo que se ha visto en la precisión de fijar un término”¹⁹.

Los tratadistas ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC²⁰, mencionan que la prescripción brinda estabilidad a los derechos, ya que existen casos que para que se produzcan los efectos jurídicos no basta un estado de hecho continuado, sino que es necesario, además, que se prolongue por un terminado lapso. Ejemplo claro en este sentido es la usucapión o prescripción adquisitiva, en que el efecto, la adquisición del dominio o de otro derecho real sobre la cosa que se posee, está subordinado a la continuidad de la posesión por el tiempo que marca la ley.

¹⁹ ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición. París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851. p. 1368.

²⁰ ALESSANDRI R. Arturo, SOMARRIVA U. Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general, Volumen 2. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 121.

De igual forma, LAURENT, François, hace referencia a la importancia de la prescripción tanto adquisitiva como la extintiva, respondiendo el siguiente interrogante ¿debe considerarse, mejor, la existencia de un derecho social?:

Efectivamente, la prescripción es por su esencia de interés público. La prescripción adquisitiva, despoja al propietario en provecho de terceros poseedores, es decir, en favor de un interés general. De la misma manera, la prescripción extintiva despoja al acreedor, siempre por un interés social, a fin de poner término a los litigios. Aquellos contra quienes corre la prescripción, como aquellos en cuyo provecho corre, no tienen pues derecho que invocar contra una ley nueva; porque no es su derecho el que arregla el legislador. sino el derecho de la sociedad²¹.

Teniendo en cuenta las citas anteriores, podemos afirmar que la prescripción es el límite que se le impone al derecho de dominio, sea este sobre bienes muebles o inmuebles, y los derechos crediticios, concepción que posteriormente fue desarrollada por el jurista francés León Duguit en su teoría sobre la función social de la propiedad²². Así lo expresó, en su momento, la Corte Suprema de Justicia²³, al

²¹ LAURENT, François. Principios de Derecho Civil Francés. Tomo I. México D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México, 2008. p. 335.

²² La tesis de la función social surgió en Europa como una reacción a las doctrinas imperantes en el siglo XIX. Tuvo como finalidad configurar una nueva forma de concebir la propiedad a la luz de la doctrina positivista vigente en la época. En este periodo aumentaron las protestas de obreros y campesinos, los sindicatos comenzaron a formarse y se presentaron violentas demostraciones en contra de la política estatal, con demandas encaminadas a obtener un salario mínimo, un sistema de seguridad social, una compensación por los riesgos de salud asociados al trabajo, protección legal para el trabajo de las mujeres y los niños, así como estándares de higiene mínimos. Al tiempo que existían estas condiciones laborales precarias se veía como campesinos arrendatarios fueron expulsados de las tierras que trabajaban. Esta expulsión ocurría por dos razones: la primera, porque los terratenientes encontraron que era más eficiente y, en algunos casos, más barato establecer una relación laboral y salarial con los campesinos que mantener esta situación de hecho sobre las parcelas y la segunda, porque mientras el valor de la tierra aumentaba, también se acrecentaban los riesgos de que los arrendatarios reclamaran propiedad sobre esta (por prescripción adquisitiva). Con esto se puede concluir que no existían mecanismos que permitieran la distribución social de la tierra y que la propiedad se conservaba a perpetuidad por las mismas personas y familias. Estos problemas fueron la base para que León Duguit desarrollara su teoría de la función social de la propiedad. Comprendió entonces que había presupuestos a ser reevaluados en el marco del tratamiento de la propiedad privada: la negociación del individualismo, la noción de solidaridad, la inexistencia del derecho subjetivo absoluto, la función social y la noción de servicio público. La teoría de Duguit sentó su base en las consideraciones del colectivo social, lo cual implicó la ruptura del modelo liberal clásico propio de la revolución francesa basado en la apreciación jurídica y económica individualista. Con base en estas consideraciones, se encaminó a desarrollar una teoría social de la propiedad, identificando dentro de la misma postulados importantes y, aun hoy día, vigentes, que merecen ser explicados y comentados. Véase: MARÍN JIMÉNEZ, Jonathan David. Un acercamiento a la función social de la propiedad. *En*: Revista Estudiantil de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 4 (enero-junio 2020), pp.5-6.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negociaciones Generales. Sentencia del 31 de octubre de 1950. MP. Rafael Leiva Charry. Gaceta Judicial LXVIII. No. 2086. Bogotá. D.C. 1951, p. 491.

indicar que el fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva, ya que el orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas.

1.2. La prescripción en el Derecho Colombiano:

En el Derecho Colombiano la prescripción (adquisitiva y extintiva) tiene naturaleza sustantiva, es decir, están definidas en el Estatuto Civil (artículos 2512 al 2544); razón por la cual, en el Estatuto Procesal (Código General del Proceso) solo hace referencia a ellas como supuestos jurídicos que pueden ser invocados a instancia de una acción judicial.

1.2.1. La prescripción en el Derecho Civil:

El artículo 2512 del Código de Civil define la prescripción como “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales”. La disposición antes mencionada contiene la definición legal aceptada por nuestra legislación como prescripción en sus dos clases la adquisitiva y la extintiva, así lo ha sostenido la Corte Constitucional al señalar:

En el sistema jurídico colombiano, la prescripción es una institución jurídica que corresponde a dos figuras diferentes: por una parte, la adquisitiva, también conocida como usucapión (adquisición o apropiación por el uso, por su etimología latina *usucapionem*, de *usus* -uso- y *capere* -tomar-), que es un título originario de adquisición de derechos reales, por la posesión ejercida durante el tiempo y bajo las condiciones exigidas por la ley y la prescripción extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular, dejando salvas las suspensiones determinadas por la ley en favor de ciertas personas²⁴.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 del 26 de septiembre de 2018. Expediente D-11871. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Luego, entonces, es claro que el Estatuto Civil Colombiano no establece expresamente las características de la prescripción; no obstante, podemos -a través de las normas que regulan la materia- identificar, las siguientes:

- ✓ La prescripción puede obrar en pro o en contra de todas las personas naturales o jurídicas²⁵.
- ✓ La prescripción no opera sobre aquellos bienes denominados imprescriptibles²⁶ o de propiedad de las entidades de derecho público.
- ✓ Los términos establecidos por la ley para adquirir un derecho o extinguir una acción son inmodificables, lo que significa que dichos términos no están sometidos a la autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que la configuración concreta, relativa a los plazos y las condiciones para su configuración y reconocimiento, es una materia de competencia del legislador.
- ✓ Se puede renunciar a la prescripción de forma expresa o tácita siempre y cuando, se haya cumplido el plazo establecido para que dicha institución produzca sus efectos^{27 28}.
- ✓ La prescripción debe ser alegada y declarada judicialmente²⁹.

²⁵ LEY 84 DE 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Artículo 2517: Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación, del territorio, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

²⁶ Ibid., artículo 2519: Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso.

²⁷ Ibid., artículo 2514: La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida. Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.

²⁸ Ibid., artículo 2515: No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar.

²⁹ Ibid., artículo 2513: El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio. La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella.

1.2.1.1. Prescripción adquisitiva o usucapión:

La prescripción adquisitiva o usucapión³⁰, que etimológicamente significa “*tomar por el uso*”, es el modo de adquirir la propiedad de cosas ajenas por la posesión prolongada durante cierto tiempo. El Código Civil regula esta modalidad de prescripción en el artículo 2518 que establece: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.”

En síntesis, la prescripción adquisitiva debe alegarse como acción por un poseedor con ánimo de señor y dueño que ha detentado poder material sobre un bien durante un largo periodo de tiempo, para que se declare la pertenencia sobre algún bien.

1.2.1.2. Prescripción extintiva o liberatoria:

La prescripción extintiva o liberatoria, es conocida como la institución jurídica universal que sanciona el descuido, la negligencia y la inercia³¹, de las personas en el uso y goce de sus derechos personales (subjetivos)³², que consolida las relaciones

³⁰ USUCAPION. La adquisición de la propiedad de alguna cosa por la posesión continuada durante el tiempo que la ley define: *usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti*. La prescripción por el contrario no era antiguamente entre los Romanos sino una excepción especial por cuyo medio el que había poseído de buena fe durante largo tiempo una cosa raíz, repelía al dueño que la reclamaba y al acreedor hipotecario que intentaba hacer valer su derecho de hipoteca. La usucapión traía su origen de la ley de las XII Tablas, y la prescripción fue introducida por las constituciones de los príncipes. La usucapión se cumplía o verificaba por el transcurso de un año con respecto a las cosas muebles en todas las partes, y por el de dos años con respecto a los bienes raíces situados en Italia; más la prescripción no tenía lugar sino en las provincias, mediante el transcurso de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes. La usucapión transfería la propiedad; y la prescripción no daba más que la posesión y cierto derecho de excepción contra la acción de reivindicación del propietario. Justiniano quito todas estas diferencias; y desde entonces la prescripción y usucapión no significan sino una misma cosa. ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Segunda edición. París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851. p. 1520.

³¹ AMELOTTI, Mario. Prescrizione, diritto romano, citado por HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva. En: PLAZAS VEGA, Mauricio et al. Derecho Civil y Comercial -Doctrina-. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 1999. p. 505.

³² El derecho en general se ocupa de los derechos subjetivos de las personas, los cuales deben estar consagrados en el denominado Derecho Objetivo que se entiende como “el conjunto de normas que regulan la conducta humana desde el punto de vista jurídico”. Así mismo el Derecho Subjetivo es entendido como “la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la persona, en la conducta o en el patrimonio de un sujeto”. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1980. p. 200.

jurídicas y se encuentra supeditada a la actividad o a la apatía del titular del derecho y/o la acción; este tipo de prescripción se ubica dentro del campo de los derechos patrimoniales, porque si bien, es una forma de extinguir las acciones judiciales, su propósito también va encaminada a liberar al deudor de su obligación.

HINESTROSA, advierte que “la prescripción extintiva es indispensable por exigencias del tráfico jurídico y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas, de claridad, de seguridad y paz jurídica; de orden y paz social; y para sanear situaciones contractuales irregulares”³³, es decir que esta figura jurídica fue creada como una medida de seguridad y de saneamiento de las relaciones jurídicas; motivo por la cual, el objetivo de la prescripción extintiva es de carácter netamente procesal, es una “mera preclusión de oportunidad cuya declaración con efectos extintivos de la acción produce consecuencias sustanciales y absolutas de pleno derecho”³⁴.

A su vez, VELÁSQUEZ JARAMILLO, señala que en la prescripción extintiva o liberatoria no se adquieren derechos, por el contrario, se pierden los mismos por la inactividad su titular³⁵. De tal suerte, que a través de este tipo de prescripción se eliminan las acciones que tiene un sujeto para hacer efectivos sus derechos³⁶, una vez pasa el término fijado por el legislador (la ley) sin que él hubiese intentado o ejercido dicha acción. Aunado a esto, se puede interpretar que la prescripción se constituye entonces en uno de los modos más importantes de extinguir obligaciones³⁷, pues le brinda al ordenamiento jurídico seguridad, dinamismo y desarrollo continuo.

Para que se configure la prescripción extintiva deben concurrir tres requisitos: i) que la acción sea prescriptible; ii) que transcurra el tiempo establecido por la ley; y iii), que

³³ HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. pp. 55-56.

³⁴ Ibid., p. 62-63.

³⁵ VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Octava edición actualizada. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 319.

³⁶ HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 57.

³⁷ LEY 84 DE 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Artículo 1625. Modo de extinción: Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte: (...) 10.) Por la prescripción.

tanto el titular de la acción como el legitimado para enfrentar pasivamente la acción se abstengan de ejercer el derecho dentro del término legal³⁸.

La prescripción extintiva tiene un carácter sancionador, tal y como lo ha expuesto en varias oportunidades la jurisprudencia, al indicar que “la prescripción de las acciones en una sanción para el titular de un derecho que, dentro de un término razonable establecido por la ley, no acude a las vías que el ordenamiento jurídico le confiere para hacerlo valer”³⁹, por lo tanto, es claro que tratándose del deudor (en instancia de una acción civil), la prescripción liberatoria opera como un medio de defensa cuya finalidad es impedir que el acreedor de la obligación ejerza su derecho que ha extinguido en razón del tiempo.

Es así como el Código Civil para efectos de distinguir la prescripción extintiva de las acciones y los derechos, dispone en el artículo 2535: “la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales”, adicionalmente, establece que el término de la prescripción que extingue las acciones⁴⁰ deberá contarse a partir del día siguiente en que se hizo exigible la obligación y/o derecho, sin perjuicio de que este término se pueda suspender o interrumpir por causas legales.

Al analizar el texto legal la alta corporación judicial señaló: “[...] esta Corte debe precisar, frente a la prescripción extintiva, existen tres figuras que afectan su materialización y sus efectos jurídicos, a saber: la interrupción, la suspensión y la renuncia (arts. 2539, 2541 y 2514 del Código Civil). Los primeros dos fenómenos requieren para su concretización que se generen antes de la consumación del término extintivo; mientras, el tercero exige todo lo contrario, sólo podrá presentarse después de operar la prescripción”⁴¹.

³⁸ THOMAS ARIAS, Antonio Emiro. Nuevo régimen de prescripción civil. En: Revista Vniversitas. Vol. 52. No. 105 (abril 2003). p. 225.

³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

⁴⁰ El contenido evidente y claro de aquella norma que expresa que toda acción para cuyo ejercicio ha indicado la ley un tiempo terminado, el darlo pasar sin aprovecharlo causa la muerte de la acción, y ese fenómeno se llama prescripción extintiva (...) Vimos en otro capítulo el significado de acción, que es un derecho subjetivo particular para exigir el cumplimiento de una obligación, cumplir una carga procesal o para cumplir unilateralmente un acto que produzca efectos jurídicos. Véase:

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia STC17213-2017 del 20 de octubre de 2017. Expediente T-7600122030002017-00537-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

En conclusión, se observa que antes de completarse el término legal de la prescripción extintiva, ésta puede verse afectada por los fenómenos jurídicos de la interrupción en virtud de la aceptación expresa de la obligación o por la admisión de la acción judicial o administrativa⁴² y de la suspensión en los casos donde adelante la conciliación.

1.2.2. La prescripción en el Derecho Comercial:

En materia comercial el ordenamiento jurídico colombiano estableció términos particulares para la prescripción extintiva de las acciones que derivan de los negocios jurídicos de carácter mercantil y que regulan diferentes materias de acuerdo a las necesidades especiales⁴³ para cada tipo de relación obligacional a regir, como por ejemplo: la prescripción de las acciones derivadas del contrato de sociedad⁴⁴, la prescripción de la acción cambiaria derivada de cheque⁴⁵, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte⁴⁶ y como lo veremos en seguida, la prescripción del contrato de seguro, entre otras.

⁴² LEY 84 DE 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Artículo 2539. Interrupción natural y civil de la prescripción extintiva: La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente y Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524.

⁴³ Ibid., artículo 2545. Prescripción de las acciones especiales: Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales, que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.

⁴⁴ DECRETO 410 DE 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 256: Las acciones de los asociados entre sí, por razón de la sociedad y la de los liquidadores contra los asociados, prescribirán en cinco años a partir de la fecha de disolución de la sociedad. Las acciones de los asociados y de terceros contra los liquidadores prescribirán en cinco años a partir de la fecha de la aprobación de la cuenta final de la liquidación.

⁴⁵ Ibid., artículo 730: Las acciones cambiarias derivadas del cheque prescriben: Las del último tenedor, en seis meses, contados desde la presentación; las de los endosantes y avalistas, en el mismo término, contado desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque.

⁴⁶ Ibid., artículo 993: <Artículo subrogado por el artículo 11 del Decreto extraordinario 01 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años. El término de prescripción correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción. Este término no puede ser modificado por las partes.

1.3. La prescripción extintiva en el Derecho de Seguros:

Para empezar, es importante precisar que abordar el estudio de la institución de la prescripción extintiva de las acciones derivadas en materia de seguros, es algo complejo, sobre todo en lo que respecta a su interpretación y alcance del artículo 1081 del Código de Comercio; ya que su redacción ha dado lugar a una gran variedad de interpretaciones por parte de la doctrina⁴⁷, siendo en este caso la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴⁸, quien ha intentado sostener sistemáticamente el alcance de la norma.

En efecto, para poder hablar de la prescripción extintiva del contrato de seguros, primero, es importante -de forma sucinta- hacer referencia a algunos aspectos relevantes que caracterizan este tipo de contrato mercantil que, a nuestro modo de ver, tienen relación con el tema principal, en cuanto a quienes son los intervinientes, titulares de acciones en este negocio jurídico:

1.3.1. Aspectos generales del contrato de seguros:

En nuestra legislación el contrato de seguro se identifica por ser un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Lo anterior, a pesar de no ser una definición literal del contrato de seguro -ya que ni el Código de Comercio ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴⁹ lo consagraron- empero, permite a través de sus características entenderlo como un acto jurídico bilateral, que genera para las partes derechos y obligaciones mutuas, que genera un gravamen recíproco y su prestación está sometida a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto⁵⁰. Esto

⁴⁷ "Tan aguda controversia es explicable. El artículo 1081 encierra una innovación frente al régimen tradicional de la prescripción extintiva, conforme cuyos principios han debido interpretarse, y se interpretan, las normas que gobiernan la prescripción de los contratos civiles y mercantiles. Al cual resultan extraños los conceptos de la prescripción ordinaria y extraordinaria, propios de la prescripción adquisitiva y que no distinguen entre acciones derivadas del contrato o de las normas que lo rigen. Y que define, como punto de partida, el de la exigibilidad de la obligación" comentario de OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1984. p 441.

⁴⁸ Entre los pronunciamientos jurisprudenciales encontramos las sentencias del 4 de julio de 1977, 4 de marzo de 1989, 18 de mayo de 1994, 3 de mayo de 2000, 19 de febrero de 2002, 31 de julio de 2002, entre otras.

significa, que el contrato de seguro es un mecanismo de protección ante eventos futuros e inciertos (riesgo), cuantificables en dinero que establece un vínculo entre el titular del riesgo y el asegurador.

Dicho esto, pasaremos a enunciar algunas generalidades que se identifican del contrato de seguro:

- ❖ **Elementos esenciales:** en un negocio jurídico son aquellos que le dan su figura en individualidad jurídica. En el contrato de seguro se encuentra el interés⁵¹ y riesgo⁵² asegurable, la prima⁵³ o precio del seguro y la obligación incondicional del asegurador⁵⁴, respecto de los cuales el legislador de forma expresa determino que a falta de cualquiera de estos elementos el contrato no producirá efectos.

- ❖ **Los sujetos:** intervienen en la celebración del contrato el asegurador⁵⁵ (persona jurídica que asume el riesgo) y tomador⁵⁶ (persona natural o jurídica que actuando en cuenta propia o ajena le traslada el riesgo al asegurador), y existen terceros interesados que no son parte del contrato, denominados asegurado (persona natural o jurídica titular del interés asegurable) y beneficiario⁵⁷ (persona natural o jurídica que tiene derecho a recibir la prestación asegurada)

⁵⁵ El asegurador es la persona jurídica que se obliga a responder a otra persona del daño que puede causarle la realización de ciertos riesgos a que están expuestos sus bienes, su persona o su patrimonio. En otras palabras, es la parte que asume los riesgos que le han sido transferidos de conformidad con las estipulaciones de la póliza. Generalmente es una sociedad anónima, aunque a veces reviste la forma de sociedad mutual, de cooperativa o de otros entes jurídicos expresamente y de manera excepcional autorizados por la ley. Pero cualquiera que sea la apariencia que adopte, siempre estará sujeta a inspección o control del Estado desde el instante de su formación hasta su liquidación definitiva. Véase: NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera Ed. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 57.

⁵⁶ El tomador es la persona que, por cuenta propia o ajena, celebra el contrato de seguro, ya sea en su propio beneficio o en el de un tercero. Ibid., p. 63.

⁵⁷ El beneficiario es la persona en cuyo favor se estipula la indemnización. En los seguros reales coincidirán beneficiario y asegurado o las personas en cuya cabeza se radican las consecuencias del daño ocasionado por la realización de un determinado riesgo. El seguro de fianza y en el seguro de vida, beneficiario y asegurado serán personas diferentes en razón a la naturaleza y características de los

- ❖ **El siniestro:** es la materialización del evento que ampara el seguro, y el cual obliga al asegurador a pagar la indemnización; Para ello, es deber del asegurado y/o beneficiario del seguro dar aviso de la ocurrencia del siniestro al asegurado dentro de los 3 días siguientes a la fecha que conoció el evento⁵⁸. Obligación que es de carácter imperativo⁵⁹, lo que implica que al omitir este deber el asegurador puede deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento, y

- ❖ **La reclamación:** es la acción directa en cabeza del asegurado y/o beneficiario del seguro que le permite a ésta perseguir la indemnización por la ocurrencia del riesgo asegurado ante la aseguradora.

Expuesto lo anterior, a continuación, nos ocuparemos del régimen de la prescripción extintiva que nace de este negocio jurídico.

1.3.2. Prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguros:

Dentro de las prescripciones especiales en el derecho mercantil, encontramos el normado para las relaciones asegurativas, a través del cual redujo los plazos determinados para la prescripción extintiva civil e introdujo nuevos conceptos como lo son la prescripción extintiva ordinaria y extraordinaria⁶⁰. En efecto, el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece las siguientes reglas:

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.

amparos que estas pólizas confieren. Los asegurados o beneficiarios son las personas llamadas para percibir la indemnización derivada del contrato de segur, siempre que se trate de un hecho o circunstancia prevista dentro del amparo. Ibid., p. 71.

⁵⁸ DECRETO 410 DE 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 1075.

⁵⁹ Ibid., artículo 1162.

⁶⁰ Antes de la promulgación y publicación del Código de Comercio Colombiano solo se conocía por el Código Civil de prescripción adquisitiva extraordinaria mas no ordinaria.

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.

Desafortunadamente, como ya lo hemos señalado, el texto de la norma no es tan claro como aparenta ser, lo cual ha producido incertidumbre en el alcance de su aplicación y ha conllevado a múltiples interpretaciones como, por ejemplo, al traer consigo la clasificación de la prescripción adquisitiva, pero aplicándola a la prescripción extintiva.

JARAMILLO J.⁶¹, dice que al establecerse dos clases de prescripción extintiva en el contrato de seguro (ordinaria y extraordinaria), se apartan del régimen tradicional de la prescripción, ya que sus cometidos son completamente distintos, lo que impide compararlos y/o asimilarlos; esta opinión la comparte LÓPEZ BLANCO, al argumentar lo siguiente: “No es que sea un imposible jurídico emplear la diferenciación. Lo que sucede es que predicar, innecesariamente, una diferenciación que secularmente se había destinado a la usucapión respecto de la prescripción extintiva lleva al intérprete a pensar en la posesión material que nada tiene que ver con el tema del art. 1081”⁶² y, a su vez, OSSA GÓMEZ⁶³, indica que la tipología en mención es procedente tan solo respecto de la prescripción adquisitiva (usucapión) y del todo ajena al régimen de la prescripción extintiva.

Comentarios que no son ajenos para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que en sentencia del 3 de mayo de 2000, expediente 5360, M.P. Nicolas Bechara Simancas, hizo un exhaustivo estudio de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, y entre otros argumentos expone lo siguiente:

⁶¹ “Solo tienen en común el nombre, nada más, lo cual, de entrada, genera alguna dificultad, la que no tiene cabida en el Derecho comparado, por lo menos desde esta perspectiva, como quiera que exista un término y una tipología y no dos (unicidad prescriptiva), por regla general, sin perjuicio que en algunas legislaciones para el seguro sobre la vida se amplie el plazo.” JARAMILLO, J., Carlos Ignacio. Derecho de Seguros: estudios y escritos jurídicos. Tomo IV. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2013. p. 39.

⁶² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 7ª Edición. Bogotá, D.C.: DUPRE Editores, 2022. p. 516.

⁶³ OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro – El contrato. Ensayo de interpretación del Título V, Libro cuarto, del Código de comercio de la República de Colombia. Volumen 2. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 441.

Resulta claro que el legislador colombiano del año 1971, siguiendo un criterio ciertamente diferente al establecido por la legislación civil nacional y buena parte de la comparada -en general-, prohijó para el contrato de seguro dos tipos de prescripción divergentes: la ordinaria y la extraordinaria, comentadas en postilados disímiles a los que disciplinan este binomio en la prenotada codificación civil (arts. 2535 y 2512), no empezó haber conservado la misma denominación asignada por esta a la prescripción adquisitiva (C.C. art. 2527).

No obstante, hay quienes afirman, que más allá del vocablo que se usó para clasificar la prescripción de las acciones que emanan del seguro, la disposición legal contenida en el artículo 1081 se consagró así, con el propósito de salvaguardar las necesidades particulares de la relación jurídica que nace de él, por cuanto las partes contratantes no gozan de las mismas condiciones contractuales.

Pues así fue acogido inicialmente en el proyecto legislativo de 1958, que consagró en su artículo 898:

Esta materia fue objeto de esmeradas cavilaciones. Se tuvo en mientes el principal fundamento filosófico-jurídico de la prescripción, que no es otro que la necesidad de darles consistencia y estabilidad a las situaciones jurídicas. Igualmente tuvimos en cuenta las conveniencias de las partes que intervienen en el contrato de seguros.

Optamos por establecer dos clases de prescripción, una ordinaria y otra extraordinaria. La ordinaria empieza a contarse desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción. No corre contra los incapaces.

Para quien no tiene conocimiento de él, cualquier término puede considerarse corto, pero el orden jurídico exige que se fije uno cualquiera. El de cinco (5) años es razonable. Y debe correr contra toda clase de personas.

Ventajoso para el asegurador, porque después de transcurridos cinco años desde la fecha del siniestro, puede disponer de la reserva correspondiente. Desventajoso, porque al vencerse ese término, ya no podrá alegar la nulidad del contrato por vicios en la declaración de asegurabilidad⁶⁴.

Por otro lado, también han surgido dudas relacionadas con la aplicación específica de los términos que regula el artículo 1081, tales como: i) la ausencia de diferenciación conceptual entre prescripción ordinaria y extraordinaria; ii) contra quienes obra cada

⁶⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. Acta No. 83 del 7 de abril de 1970.

una de las prescripciones; y iii) a partir de qué momento se debe contar el término prescriptivo; lo que ha generado múltiples estudios doctrinales y jurisprudenciales.

Entre ellos se concluyó, que la prescripción extintiva en el marco del derecho de seguros es de dos clases y contienen de forma diferente: i) un término; ii) un espacio y/o momento; y iii) unos sujetos que determinan su aplicación⁶⁵, de manera que ambas tipologías guardan una perspectiva y tratamiento independiente, pues así lo ha indicado en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

[...] es preciso considerar que el artículo 1081 del Código de Comercio, que regula el tema relacionado con la prescripción en el contrato de seguro, contempla dos modalidades extintivas de las acciones que dimana de ese vínculo jurídico [...] Esa ramificación [...], legislativamente encuentra su razón de ser en el hecho de que la prescripción ordinaria, en materia del contrato de seguros, es un fenómeno que mira el aspecto meramente subjetivo, toda vez que concreta el término prescriptivo a las condiciones del sujeto que deba iniciar la acción y, además, fija como iniciación del término para contabilización el momento en que aquel interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción; en cambio la extraordinaria consagra un término extintivo derivado de una situación meramente objetiva, traducida en que sólo requiere el paso del tiempo desde un momento preciso, ya indicado, y sin discriminar las personas en frente a las cuales se aplica, así se trate de incapaces, tanto que el citado artículo 1081 expresa que “correrá contra toda clase de persona [...]”⁶⁶.

Por último, esta Corporación agregó: “estas dos formas de prescripción son independientes, autónomas y pueden transcurrir simultáneamente, de modo que, adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure. Ahora bien, como la extraordinaria aplica a toda clase de persona y su término inicia desde cuando nace el respectivo derecho (objetiva), ella se consolidará siempre y cuando no lo haya sido antes la ordinaria, según el caso.”⁶⁷

⁶⁵ GRANADOS-DÍAZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 360.

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia del 31 de julio de 2002, expediente 7498. Consúltese también la sentencia del 30 de noviembre de 1994, expediente No. 4438, MP. Pedro Lafont Pianetta.

⁶⁷ Ibídem. Sentencia del 29 de junio de 2007, expediente 11001-31-03-009-1998-04690-01, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Ahora bien, expuesto lo anterior, abordaremos algunos aspectos particulares que distinguen ambos plazos prescriptivos.

1.3.2.1. Naturaleza de la prescripción:

El artículo 1081 del Código de Comercio señala en su inicio segundo que la prescripción ordinaria será de dos años contados desde que el titular de la acción tuvo un conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, en cambio al tenor del inciso tercero la prescripción extraordinaria se configura a los cinco años desde el momento en que se originó el respectivo derecho⁶⁸.

JARAMILLO J, indica que el término establecido por el legislador está sujeto *al conocimiento real o presunto* toda vez que el interesado al dar aviso del siniestro puede “deducirse de hechos inequívocos o de omisiones indicativas de la falta de diligencia, razón por la cual se emplea la expresión “...debido tener conocimiento”⁶⁹, y OSSA GOMEZ, señala que “al consagrar la interdependencia entre el conocimiento real o presunto del interesado y el hecho que da base a la acción, está introduciendo a nuestro legislador un criterio en la estructura jurídica, hasta ahora no conocida”⁷⁰.

En ese sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia aclaró que la prescripción ordinaria opera al distinguir el momento en que el interesado, quien deriva un derecho del contrato de seguro, ha tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y la extraordinaria, desde el momento del nacimiento del derecho, independientemente de cualquier circunstancia y aun cuando no se pueda establecer si el interesado tuvo o no conocimiento de tal evento.

En efecto, se puede inferir que el *conocimiento* es el elemento determinante para diferenciar la naturaleza de ambas clases de prescripción. En tal sentido, la

⁶⁸ GRANADOS-DÍAZ. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 361.

⁶⁹ JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Derecho de seguros: estudios y escritos jurídicos. Tomo IV. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2013. p. 41.

⁷⁰ OSSA GÓMEZ. J. Efrén. Teoría General del Seguro – El contrato. Ensayo de interpretación del Título V, Libro cuarto, del Código de comercio de la República de Colombia. Volumen 2. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 442.

prescripción ordinaria tiene un carácter subjetivo y la prescripción extraordinaria tiene un carácter objetivo.

JARAMILLO J., recalca lo siguiente:

[...] el hecho de que, en la prescripción ordinaria, la contabilización del término prescriptivo hunde en sus raíces en el *conocimiento del hecho que da base a la acción*, por parte de los interesados. Como se fundamenta en el conocimiento, al decir de la jurisprudencia, el sustento de esta tipología prescriptiva está inescindiblemente ligado a una situación particular del sujeto: el enteramiento (real o presunto), razón por la cual, se trata de un régimen inequívoco y confesamente subjetivo, porque sin la verificación de dicho presupuesto esencial, no corre el término *ex lege*, dado que está instituido en protección del interesado (carácter esencialmente tuitivo), todo sin perjuicio del agotamiento de la prescripción extraordinaria, límite quinquenal que no puede ser soslayado, como se expresará luego. Por ello es por lo que si no media conocimiento, en cualquiera de sus modalidades, no se iniciara el cómputo legal. En relación con la prescripción extraordinaria, la cuestión es bien disímil, puesto que el decurso de la prescripción se inicia en *el momento en que nace el respectivo derecho*, prescindiendo del examen o materialización del conocimiento particular que haya tenido o podido tener el interesado y, en esa medida, tenido por fundamento una base estrictamente objetiva, en cuyo caso el enteramiento o el conocimiento, *per se*, no desempeñan ninguna función, ni pueden considerarse como su veneno⁷¹.

En suma, y para todos los efectos, se debe entender que el término fijado para la prescripción ordinaria, parte su recorrido desde el conocimiento real o presunto del evento que motiva la reclamación de la indemnización y en la prescripción extraordinaria comienza a contarse desde el momento que nace el derecho para reclamar, libremente de cualquier circunstancia, entre ellas las derivadas de la falta de conocimiento del hecho que da base a la acción por parte de algún interesado.

1.3.2.2. Acciones sobre las que recae la prescripción:

En varias oportunidades se ha sostenido que la prescripción ordinaria y extraordinaria se aplicará en la acción ejecutiva y ordinaria⁷². Esta afirmación fue precisada por la

⁷¹ JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Derecho de seguros: estudios y escritos jurídicos. Tomo IV. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2013. pp. 47-48.

⁷² En ese orden de ideas, tenemos como acciones que nacen del contrato de seguro: i) la nulidad relativa, la cual se constituye en la acción rescisoria en el contrato de seguro; ii) la nulidad absoluta,

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, quien en sentencia 19 de febrero de 2003, expediente No. 6571, MP. Cesar Julio Valencia Copete, indicó:

Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir esas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan, esto es, que la prescripción ordinaria cobre vigencia únicamente en relación con determinadas acciones y que la extraordinaria, a su paso, tenga cabida frente a otras. Como con claridad suficiente lo consagra el inciso 1º del precepto que se analiza, 'La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen...', de todas ellas por igual, reitera la Corte 'podrá ser ordinaria y extraordinaria'. Cabe afirmar, entonces, que todas las acciones de que se trata son susceptibles de extinguirse ya sea por prescripción ordinaria, ora por prescripción extraordinaria, y que, por tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue.

Es así, como los términos de prescripción (bien sea ordinaria o extraordinaria) deben aplicarse conforme a lo transcrito, a toda acción directa, judicial o administrativa que tenga como fuente el contrato de seguro sin distinción alguna⁷³.

En el VI Encuentro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE), se señaló en forma coincidente:

Al parecer hubiera bastado con que el artículo 1081 se refiere a las acciones provenientes o derivadas del contrato de seguro, para que se entendieran también las reguladas por dicha disposición las derivadas de las normas que lo rigen. Recuérdese que [...] “en todo contrato de se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. El legislador quiso, sin embargo, en aras de una mayor claridad, hacer expresa mención de las acciones que derivan de las disposiciones que rigen al contrato de seguro [...] “para mejor precisión y evitar inequívocos debería establecerse que la prescripción operaría contrato todas las acciones que se produjeran con ocasión del contrato de

donde la única norma especial al respecto en el contrato de seguro es el artículo 1129 del Código de Comercio, no obstante, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo del 2000, expresó claramente que la nulidad podía ser alegada tanto por acción como por excepción y en esa medida los términos de prescripción correrían por igual para cada una de estas situaciones procesales; iii) la acción de subrogación, ente otras.

⁷³ ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO DE SEGUROS. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro VI Encuentro Nacional. Medellín: Skandia, 1980, p. 41.

seguros, para que no se entendiera que las que nacieran directamente de los ordenamientos legales quedaran excluidos”⁷⁴.

No obstante, consideramos que existe una situación especial de la prescripción de las acciones que emanan el contrato de seguro frente a la acción de responsabilidad fiscal -punto central de este trabajo y que será desarrollado a profundidad en los siguientes capítulos- donde la prescripción regulada por el artículo 1081 del Código de Comercio entra en conflicto con la prescripción definida, particularmente, para esta acción administrativa (artículo 9 de la Ley 610 de 2000 en concordancia con el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011), lo cuales contradicen lo definido por la Corte Suprema de Justicia (de acuerdo a lo citado en sentencia del del 19 de febrero de 2003) y ACOLDESE.

1.3.2.3. Sujetos sobre quienes recae la prescripción:

A instancia de la prescripción ordinaria el artículo 1081 menciona a un *‘interesado’*, quien en pocas palabras es la persona jurídica o natural que tiene derecho a reclamar ante el asegurador el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro⁷⁵. Por lo que el plazo de dos años no solo recae contra el asegurado, sino que también puede ser el beneficiario, y dependiendo el caso puede correr a su favor o en su contra.

Sobre este punto y en términos generales la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil ⁷⁶, ha indicado que la prescripción ordinaria se aplica a todas las personas capaces, por cuanto el término corre desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción.

⁷⁴ Ibid., p. 42.

⁷⁵“por interesado se debe entenderse, en primer término, el sujeto de derecho que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador en ocasión de la ocurrencia de un siniestro, por lo tanto, ese interesado será quien esté en posibilidad de exigir el pago de una indemnización” LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. 4ta Ed. Bogotá, D.C.: Editorial DUPRE, 2004. p. 273.

⁷⁶ Véase: sentencias del 4 de julio de 1997, 3 de mayo de 2000, 19 de febrero de 2002 y la del 31 de julio de 2002.

De una forma más amplia, LÓPEZ BLANCO, explica que “es necesario tener presente que por *interesado* se debe entender el sujeto de derecho que está habilitado para exigir el cumplimiento de prestaciones emanadas del contrato de seguro y es así como es el sujeto de derecho (persona natural, jurídica o patrimonio autónomo) que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro”⁷⁷.

Aunado a lo anterior, también debe tenerse en cuenta como *interesado* al asegurador, pues en cabeza de él puede prescribir la acción ejecutiva para el cobro de la prima o para alegar la nulidad relativa del contrato⁷⁸.

Al respecto, y de manera puntual, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de julio de 1977, manifestó: “por interesado debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1 y 2 del art. 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador”. De modo que, es contra estos sujetos de derecho que correrán los términos prescriptivos del artículo 1081.

Por otro lado, cuando hablamos de prescripción extraordinaria los sujetos cambian, pues el artículo 1081 establece que recae “contra toda clase de persona” incluyendo a los incapaces. Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de julio de 1977, aclara que: “la expresión ‘contra toda clase de persona’ debe entenderse en el sentido que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aun contra las incapaces (artículo 2530 numeral 1 y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento del siniestro”.

Esta postura ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia y adoptada por varios tratadistas especializados en el tema (Juan Manuel Diaz-Granados Ortiz, Carlos

⁷⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 7ª Edición. Bogotá, D.C.: DUPRE Editores, 2022. p. 523.

⁷⁸ Así lo pone de presente LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio al señalar que, también tiene tal calidad el asegurador respecto de los derechos radicados en su cabeza y que le otorgan, a su vez, el carácter de acreedor, como sucede, por ejemplo, con la posibilidad de exigir el recaudo de la prima, o el ejercicio de acciones en orden a solicitar la nulidad del contrato, por cuanto resulta ostensible que el plazo de prescripción igualmente corre en favor o en contra de aquel y no solo se predica de quien tiene el derecho a reclamar el pago de la indemnización.

Ignacio Jaramillo Jaramillo y José Efrén Ossa Gómez); en el mismo sentido, TAPIAS ROCHA⁷⁹, sostiene que en la prescripción ordinaria los sujetos son aquellos que son parte del contrato de seguro como el tomador, asegurado y o beneficiario determinado y en la extraordinaria aquellos que no son, es decir, las terceras víctimas que no se encuentran registradas de forma concreta en la caratula de la póliza, por ello la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 1081 del C.Co. que dice “contra toda clase de persona”.

Así las cosas, cuando en el contrato de seguro aparecen como tomador, asegurado y beneficiarios sujetos calificados y objetos de aseguramiento especiales, como lo son las entidades territoriales, las instituciones y los funcionarios públicos y particulares que manejan recursos públicos y/o los bienes del Estado, y si siendo ellos sujetos u objetos de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal, los entes de control fiscal (La Contraloría General de la República y las contralorías territoriales) pasan en representación de la entidad afectada (asegurado y/o beneficiario) a reclamar a través de la acción fiscal el seguro. En consecuencia, según lo expuesto, el término de prescripción aplicable, en principio, al contrato de seguro en este tipo de escenario fiscal debe ser la ordinaria, pese a que, como se desarrollará ello no ha sido aplicado de esta manera.

1.3.2.4. Punto de partida del término prescriptivo:

Cabe mencionar, que en la prescripción ordinaria el lineamiento para determinar el momento a partir del cual debe correr el término de los dos (2) años, es el instante en el que el interesado del derecho a ser indemnizado conoció del siniestro y no desde que ocurre el mismo, pero sin que sobrepase cinco (5) años después de acaecido ese el hecho, tiempo después del cual habrá corrido la prescripción extraordinaria, tal como se explicará más adelante.

Es así como, LÓPEZ BLANCO, sostiene lo siguiente:

⁷⁹ TAPIAS ROCHA, Hernando. La prescripción en el contrato de seguro. En: Memorias del XXIV Congreso de Acoldece, Barranquilla, octubre de 2004 citado por DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 363.

Frente a la existencia de la obligación es necesario tener presente que una cosa es el momento en que nace el derecho en el cual encuentra su fundamento esa obligación y otra distinta, la posibilidad de demandar su declaración y cumplimiento, ya que es viable pedir determinada conducta al deudor tan solo cuando se hace exigible la presentación. En suma, la presentación a cargo del deudor permite utilizar el derecho de acción cuando está vigente y por no haber sido observada en oportunidad le es exigible [...] Tratándose, del contrato de seguro, la base para computar el término ordinario de la prescripción, el denominado “hecho que da base a la acción” que es la guía para solicitar el cumplimiento de la prestación que se quiere, debe analizarse frente a la aseguradora, el tomador, el asegurado o el beneficiario, según el caso, de acuerdo con el sujeto en cuyo favor va a obrar la prescripción, es decir respecto de quien se le aplica el calificativo de prescribiente, de ahí que el hecho en que se apoya el ejercicio del derecho de acción varía en uno y otro evento, lo que lleva a concluir que el hecho que da base a la acción no es siempre el mismo, aun cuando en la mayoría de los casos que ameritan intervención judicial, es el siniestro, circunstancia que ha llevado a que se incurra en el error de estimar que es únicamente el siniestro el que origina la posibilidad de accionar⁸⁰.

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, señala que “tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria toman como referencia el mismo hecho, esto es, el siniestro; solo que para que se inicie la primera se requiere que el interesado conozca dicho hecho o lo haya debido conocer, mientras que para la segunda el cómputo se inicia desde su ocurrencia, sin importar el conocimiento de este”⁸¹.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁸², en varias oportunidades ha manifestado que, como la prescripción ordinaria y extraordinaria tiene un carácter autónomo, es posible que puedan llegar a correr el término de forma simultánea ya que el curso de la extraordinaria (que suele iniciarse primero) no impide el inicio de la ordinaria.

En línea con lo anterior, BUSTAMANTE FERRER y URIBE, indican:

⁸⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 7ª Edición. Bogotá, D.C.: DUPRE Editores, 2022. p. 526.

⁸¹ DIAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 361.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Sentencia 3 de mayo de 2000. Expediente No. 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Lo esencial en la distinción entre ordinaria y extraordinaria, estriba fundamentalmente en que, en la primera hay que dar un campo más abierto para que todos los directamente interesados puedan hacer valer sus derechos, fundándose entonces en una negligencia u omisión de quienes los pierden. En cambio, en la segunda, se presume de derecho que el tiempo transcurrido, más largo, es suficiente para hacer valer su derecho, personalmente o por representación, lo que, si no hace, equivale a que renuncia a hacerlo, por lo cual la ley señala términos precisos a fin de evitar la incertidumbre⁸³.

De lo expuesto, concluimos que para el computo del término de la prescripción ordinaria, deberá contarse desde que el titular de la acción tuvo un conocimiento real o presunto (carácter subjetivo) del hecho que da base a la acción y recae sobre los sujetos que son parte directa del contrato de seguro. En contraposición, para el término de prescripción extraordinario se contará ya no desde que se tiene el real o presunto conocimiento del hecho que ocasionó el siniestro, sino desde el mismo momento en que nace el derecho (carácter objetivo) y recae sobre toda clase de personas incluidos los incapaces⁸⁴.

Este aspecto también entra en conflicto cuando el contrato seguro es vinculado al proceso de responsabilidad fiscal porque no se tiene claridad a partir de qué momento se debe contar el término de prescriptivo del seguro, esto es, si desde la ocurrencia del hecho generador del daño fiscal; el conocimiento del hecho por parte del ente de control fiscal; o desde la apertura de esta acción.

Finalmente, debemos precisar que esta dualidad regulativa, encuentra una excepción con respecto al seguro de responsabilidad civil, el cual establece que en el inicio del término prescriptivo para la víctima se da desde el momento en que ocurre el hecho dañoso, como lo veremos a continuación.

⁸³ BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE, Ana Inés. Principios jurídicos del seguro. 3ra Ed. Bogotá. D.C.: Editorial Temis, 1996. p. 148.

⁸⁴ ROBLEDO VALLEJO, Laura. La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia. [en línea] En: Revista RIS. No. 24 (enero-julio 2015), pp. 91-109.

1.3.3. Prescripción extintiva en el seguro de responsabilidad:

Uno de los principales seguros patrimoniales es el seguro de responsabilidad definido por el estatuto mercantil en su artículo 1127, así:

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 extracontractual⁸⁵, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055⁸⁶.

Es decir, que en esta clase de seguros el asegurador tiene la carga impositiva de indemnizar los perjuicios patrimoniales que haya causado el asegurado con motivo de una responsabilidad (las reguladas por la ley), siendo su propósito resarcir a la víctima que sufrió el daño, lo que da a entender, que es la víctima quien se constituye

⁸⁵ La responsabilidad civil es aquella que emana del incumplimiento de la obligación de origen contractual o extracontractual. “Esta responsabilidad se traduce en la necesidad en que se encuentra una persona para con otra de reparar o indemnizar el daño sufrido a consecuencia de una acción u omisión dolosa o culpable. La responsabilidad civil puede ser de dos clases dependiendo de cuál sea su fuente u origen. Una es la llamada responsabilidad civil contractual, que supone un vínculo jurídico preexistente; y otra es la llamada responsabilidad civil extracontractual, cuya fuente son los delitos y cuasidelitos civiles. La responsabilidad civil contractual es la que proviene de la infracción de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor del perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su incumplimiento tardío o imperfecto”. Como todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes se entiende que quien viole el contrato sufre las consecuencias de su acción y por ende, debe reparar el daño causado al otro contratante. Por su parte, la responsabilidad extracontractual es la que proviene de la ocurrencia de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito doloso o culpable que ha causado injuria o daño a la persona o propiedad de otro. “Esta responsabilidad no deriva de la inejecución de una obligación preexistente, puesto que ningún vínculo previo existe entre la víctima y el autor del daño, y es precisamente el hecho ilícito cometido el cual da origen a la obligación de indemnizarlo. De este modo quien lesiona o daña intencionalmente a otra persona incurre en una responsabilidad delictual civil, y si la lesión o daño es consecuencia de un acto negligente, como en un accidente de tránsito, incurre en una responsabilidad cuasidelictual civil. En ambos casos el autor del delito o cuasidelito civil se encuentra en la obligación de indemnizar el daño causado a la víctima. Dicho en otras palabras, el delito o cuasidelito civil es fuente de obligaciones, y la obligación es precisamente la de indemnizar a la víctima del daño. Fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. Se trata de establecer la causa o motivo por el cual el que infiere un daño a otro está obligado a indemnizarlo. Nuestro Código Civil adopta como fundamento de la responsabilidad delictual y cuasidelictual la doctrina clásica, subjetiva o de la culpa aquiliana, que la hace radicar en la culpa del autor del daño. Esta teoría requiere, para su aplicación, que el daño sea imputable a su autor.

⁸⁶ La restricción que señala el artículo 1055 del Código de Comercio hace referencia a que no son asegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador. La norma expresamente indica que cualquier estipulación en contrario no produce efecto alguno, ni tampoco la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

como beneficiaria del seguro. DÍAZ-GRANADOS ORTÍZ, indica en su obra *“El seguro de Responsabilidad”*⁸⁷ que este tipo de seguro nace del impulso normal de las acciones que realiza el asegurado y respalda las indemnizaciones que reclame el tercero por el daño personal o material que le ocasione el asegurado al ejecutar dichas actividades. De manera que, el seguro de responsabilidad cubre el patrimonio del asegurado y a su vez, a la víctima como beneficiario de la indemnización, permitiéndole a esta última reclamar directamente ante el asegurador, por ser ella la titular del derecho que nació con la realización del riesgo asegurado.

Por tanto, a instancia del seguro de responsabilidad es fundamental determinar claramente los términos de prescripción y la materialización de estos, dado que “el seguro únicamente cubrirá al responsable en la medida en que el mismo se encuentre obligado. De tal manera, la prescripción extinguirá la obligación del responsable y, así mismo, la del asegurador. La prescripción de la acción de responsabilidad será, pues, una excepción que el asegurador está en posibilidad de invocar cuando sea demandado”⁸⁸.

En efecto, al tenor de lo regulado en el artículo 1131 del Código de Comercio, que dispone: “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”.

Se destaca, entonces, que la modificación que introdujo el artículo 86 de la Ley 45 de 1990 al texto original del artículo 1131⁸⁹, optó por una solución híbrida frente a la prescripción de esta modalidad de seguro. Como bien lo explica NARVAEZ BONNET,

⁸⁷ Con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima. En síntesis, no otorga protecciones sobre cosas determinadas, dado que cubre la integridad patrimonial del responsable, función que se complementa a partir de la Ley 45 de 1990 mediante el resarcimiento de la víctima, que, en principio, se constituye en el beneficiario de la indemnización. Adicionalmente dicha ley atribuyó a la víctima en forma expresa acción directa contra el asegurador. Véase: DÍAZ-GRANADOS ORTÍZ, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. pp. 37-38.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 125.

⁸⁹ que se introdujo a esta norma con las reformas adoptadas por la Ley 45 de 1990 y la Ley 389 de 1997.

al señalar que “respecto de la víctima el siniestro se entiende ocurrido desde el momento en que sucede el hecho externo imputable al asegurado, al paso que respecto del asegurado este se configura cuando el damnificado le fórmula la petición judicial o extrajudicial”⁹⁰.

No obstante, a diferencia de la prescripción general regulada en el artículo 1081, en el artículo 1131 no se hace referencia al *conocimiento* como punto de partida para que materialice la prescripción de la acción por parte de la víctima, lo que da a entender, en principio, que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria correrán desde el instante que acaece el hecho externo.

Pero, si analizamos el contenido de ambas normas, frente a una acción directa de la víctima no sería procedente la aplicación del término ordinario, toda vez que esta modalidad prescriptiva es de naturaleza subjetiva (como se esbozó en líneas anteriores) y se origina del *conocimiento real o presunto del interesado*, condición que no se observa en ningún aparte del artículo 1131, pues esta norma solo hace referencia a la *ocurrencia del hecho* como punto de inicio del término; lo que significa que para los seguros de responsabilidad solo opera la prescripción extraordinaria.

Pues, así lo ha ratificado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que:

A modo de reiteración, es que si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081 de la misma obra, se mantiene como la regla fundante en materia de prescripción extintiva de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro o de las normas que lo disciplinan, si consagró una excepción a ese sistema, la cual es aplicable solamente a seguros de daños -en particular al seguro de responsabilidad civil- y que consiste en que la acción directa de la víctima contra el asegurador, ... es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria, ... estereotipada por ser objetiva; que corre en frente de toda persona clase de personas, vale decir, capaces e incapaces, y cuyo término es de cinco años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho

⁹⁰ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera Ed. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 349.

externo imputable al asegurado -detonante del aludido débito de responsabilidad-⁹¹.

Ahora, en lo que respecta al término de prescripción del seguro de responsabilidad especialmente desde la esfera del proceso de responsabilidad fiscal, se encuentra que ésta tiene una connotación aislada a los criterios antes expuesto, así como lo veremos a continuación con el seguro de cumplimiento. Cabe mencionar que, dentro de los riesgos que asumen las aseguradoras a favor del Estado encontramos en el mercado aseguraticio, los denominados “seguros de responsabilidad civil de servicios públicos”, encaminados a salvaguardar el patrimonio de la entidad o institución pública, por actos o conductas culposas o dolosas en las que incurran los servidores o funcionarios estatales durante la ejecución de sus funciones, cuando su actuar pasivo o activo compromete la responsabilidad de esta última o directamente la afecta.

Entendiendo entonces, que la entidad pública al ser la directa afectada por el actuar indebido de sus funcionarios, es la víctima, y desde la perspectiva desarrollada para los seguros de responsabilidad civil en general, tendría un quinquenio para reclamar ante el asegurador la indemnización, término que inicia a partir del momento que ocurre el siniestro (materialización del riesgo asegurado), pero en la práctica esto no sucede, ya que los entes de control fiscal -para todos los efectos- cuentan el lapso en comento desde el momento que se profiere el auto que dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal, como lo veremos más adelante.

1.3.4. Prescripción extintiva en el seguro de cumplimiento:

El seguro de cumplimiento por su parte⁹², tiene como objetivo principal proteger al acreedor contra el incumplimiento de una obligación, ya sea legal o contractual,

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia del 29 de junio de 2007, expediente 11001-31-03-009-1998-04690-01, MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹² . Según la Corte Suprema de Justicia, este tipo de seguro comprende "el compromiso asumido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una prima, los daños que pueda experimentar una persona debido al incumplimiento de las obligaciones que surgen de la ley o de un contrato." Véase: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

contraída por su deudor. Este seguro es definido como “acuerdo de voluntades en virtud del cual una Compañía Aseguradora asume, a cambio de un precio, el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones de cualquier carácter, siempre y cuando tales obligaciones no estén prohibidas por la Ley”⁹³.

En desarrollo jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha sostenido que el seguro de cumplimiento tiene por objeto:

Servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza ‘... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983)⁹⁴.

Dada su naturaleza especializada, es imperativo no incurrir en la confusión entre este seguro y el contrato de fianza, así como con otros métodos de aseguramiento. Es importante destacar que, por disposición legal, este tipo de seguro está adscrito a la categoría de seguros de daños patrimoniales porque su finalidad es restablecer el patrimonio afectado por un incumplimiento, por tanto, entre esta clase encontramos los siguientes tipos⁹⁵ de pólizas: cumplimiento en favor de entidades particulares⁹⁶;

⁹³ CABANZO VILLAMIZAR. Ana María. El seguro de cumplimiento. Bogotá, D.C.: tesis (abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 1987. p. 27.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC4659 de 3 de abril de 2017. Exp. No. 11001-31-03-023-1996-02422-01. M.P: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁹⁵ Clasificación extraída de la Cámara de Cumplimiento de FASECOLDA. <https://www.fasecolda.com/ramos/cumplimiento/camara/>

⁹⁶ Este producto asegurador tiene como finalidad respaldar el patrimonio de una entidad de naturaleza privada cuando esta figura como parte contratante en una transacción jurídica sujeta al ámbito del derecho privado. Su propósito fundamental radica en garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, surgidas en virtud de un contrato de naturaleza privada. Su modalidad de funcionamiento guarda similitud con el seguro de cumplimiento destinado a entidades de carácter estatal, dado que, generalmente, el contratista es el suscriptor de la póliza y el garante en favor de la entidad que contrata los servicios. Ibid.

cumplimiento en favor de entidades estatales⁹⁷; cumplimiento disposiciones legales⁹⁸; cauciones judiciales⁹⁹; y arrendamiento¹⁰⁰.

Establecido lo anterior, en el panorama jurídico y económico de Colombia, el seguro de cumplimiento estatal se erige como una herramienta fundamental para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales en proyectos de gran envergadura y relevancia para el Estado; esto en cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 663 de 199, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y exige la contratación de seguros de manejo o de cumplimiento para “garantiza el correcto manejo de los 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, derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”¹⁰¹.

⁹⁷ A través de este instrumento, se procede a asegurar el patrimonio de una entidad de carácter público cuando dicha entidad actúa como parte contratante en un contrato de naturaleza estatal. La regulación concerniente al seguro de cumplimiento en beneficio de entidades estatales se halla establecida en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015. Este producto asegurador tiene como propósito fundamental garantizar el estricto acatamiento de las obligaciones a cargo del contratista, surgidas en virtud del contrato de índole estatal. Ibid.

⁹⁸ Este seguro constituye una garantía del cumplimiento de una obligación emanada de una disposición legal, la cual puede manifestarse a través de una ley o un acto administrativo. Entre los productos más reconocidos en esta categoría se encuentran las pólizas a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), que mayoritariamente aseguran obligaciones de índole aduanera y tributaria. Es fundamental tener presente que, para este tipo de producto, el alcance de la cobertura y las condiciones de la póliza están determinados por la disposición legal correspondiente. Ibid.

⁹⁹ El propósito de esta modalidad de seguros radica en asegurar el cumplimiento de las consecuencias que se derivan de la actuación de una de las partes involucradas en las medidas dictadas por el correspondiente juez, cuyas características comparten similitud con los contratos de seguros regulados por el Estatuto Comercial. En tal sentido, este seguro garantiza ante la autoridad jurisdiccional que, en caso de requerirse su ejecución, la entidad aseguradora llevará a cabo el correspondiente desembolso. Por lo tanto, una vez materializado el riesgo, es decir, cuando el juez dispone la ejecución de la caución, la compañía aseguradora está obligada a efectuar el pago y, como consecuencia, en virtud de la ley y hasta la concurrencia del monto abonado, subroga en los derechos del asegurado contra la persona cuyo cumplimiento estaba garantizado. Ibid.

¹⁰⁰ Este seguro constituye una garantía del cumplimiento de las obligaciones a cargo del arrendatario, que abarcan el pago del canon de arrendamiento, la cuota de administración y los servicios públicos. Asimismo, proporciona coberturas de asistencia al hogar y, en el caso de arrendamientos comerciales, comúnmente se incluye la cobertura del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Ibid.

¹⁰¹ Artículo 203.

Es por ello, que este tipo de seguro es de vital importancia en el ámbito de las contrataciones públicas, toda vez que responde a la necesidad de asegurar que los contratistas cumplan con sus obligaciones, proporcionando una red de protección tanto para el contratista como para la entidad estatal involucrada¹⁰². Cabe destacar que es el contratista quien obtiene el seguro, no para su beneficio personal, sino para proteger los activos de la entidad estatal, que es quien resulta beneficiada por este seguro¹⁰³.

En el contexto colombiano, la normativa que regula el seguro de cumplimiento estatal denominado éste por el legislador como *Garantía Única de Cumplimiento*, se encuentra principalmente en la Ley 80 de 1993, también conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, esta ley establece las condiciones y requisitos para la contratación pública en Colombia, incluyendo la obligatoriedad de contar con un seguro de cumplimiento en ciertos tipos de contratos. Además, la Ley 1150 de 2007 establece el régimen jurídico de la contratación pública, esta ley establece los principios y reglas que rigen la contratación pública, incluyendo la prescripción del seguro de cumplimiento. Y, los Decretos reglamentarios 734 de 2012, 1510 de 2013 y 1082 de 2015 complementan la regulación, estableciendo disposiciones específicas sobre el funcionamiento y la contratación y reclamación de seguros de cumplimiento en el marco de la contratación pública.

Dicho esto, el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, indica que la póliza de cumplimiento debe cubrir durante (etapa contractual) y después (etapa post-contractual) de la ejecución del negocio jurídico: i) buen manejo y correcta inversión del anticipo; ii) devolución de pagos anticipados; iii) el incumplimiento total, parcial, tardío y/o defectuoso, el valor de las multas y cláusulas penales; iv) pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales; v) estabilidad y calidad de la obra; vi) calidad del servicio; vii) calidad y correcto funcionamiento de los bienes.

¹⁰² OSPINA MONTOYA, Carlos Emilio. El seguro de cumplimiento en Colombia. Bogotá, D.C.: Orión Editores Ltda., 2014. pp. 62-63.

¹⁰³ Ibid.

Ahora, a instancia del seguro de cumplimiento, particularmente en favor de entidades estatales, también es fundamental determinar claramente los términos de prescripción y la materialización de estos, dado que esta figura en este tipo de seguros es un tema de considerable relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que la acción de reclamación que ejerce el asegurado (entidad estatal) como beneficiario de la indemnización ante la compañía de seguros, no se realiza en los términos de las normas comerciales que regulan la materia sino que opera a través de acto administrativo el cual podrá la entidad imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal y/o declarar la caducidad del contrato y, a su vez, hacer efectiva la garantía única de cumplimiento, declarando la ocurrencia del siniestro¹⁰⁴.

En tal sentido, recordemos que la prescripción, como institución jurídica, determina el límite temporal para iniciar acciones legales respecto a un incumplimiento o una reclamación, y su aplicación en el contexto del seguro de cumplimiento plantea interrogantes cruciales que tienen relación directa con el eje central del presente trabajo, tales como: ¿Cuáles son los plazos para la prescripción de reclamaciones bajo este tipo de seguro? ¿Qué implicaciones tiene cuando el seguro se reclama a instancia de la acción fiscal y no directamente por la entidad estatal asegurada?

Pues bien, la prescripción en el seguro de cumplimiento establece el límite de tiempo que tiene una entidad estatal para solicitar una indemnización a la aseguradora tras la ocurrencia del siniestro -hecho que motiva la obligación condicional del asegurador-, que en los términos del artículo 1081 de Código de Comercio, sería de un bienio contado a partir del momento que la entidad estatal contratante haya tenido o debido

¹⁰⁴ DECRETO 1510 DE 2011. Artículo 128. Efectividad de las garantías. La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.

2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.

3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.

tener conocimiento del evento que da base a la acción, es decir, el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del contratista (prescripción ordinaria).

Sin embargo, según lo regulado por el legislador, el siniestro en *sub examine* no sería el hecho que generó el incumplimiento contractual en sí, sino el acto administrativo que constituye la ocurrencia del siniestro y, en consecuencia, ordena hacer efectiva la póliza de seguro. Situación, que en la práctica, ha generado dudas al momento de determinar ¿Cuándo se configura el siniestro? Por ende ¿Cuándo inicia el término de prescriptivo de la acción de reclamación, si desde el hecho que motivó el incumplimiento o a partir de la expedición del acto administrativo?

Con la intención de resolver estos interrogantes, el Consejo de Estado al ser el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la prescripción en diferentes contextos. En relación con la reclamación directa del seguro de cumplimiento realizada por la entidad asegurada, el alto Tribunal ha respetado los términos de prescripción establecidos en la ley comercial, y analiza las circunstancias de cada caso en concreto para determinar si la acción ha prescrito o no. es así como, ha sostenido que: “la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro (incumplimiento), hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento”¹⁰⁵.

Bajo esta premisa, la obligación condicional de la aseguradora no surge a partir de la emisión de un acto administrativo, independientemente de su naturaleza, sino más bien cuando el contratista no cumple con sus compromisos contractuales.

De tal suerte, que computo del término prescriptivo ordinario correrá desde el momento que el contratista incumplió con el negocio jurídico y no desde la expedición

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Expediente No. 14667. C.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Expediente No. 29857. C.P: Danilo Rojas Betancourth

del acto administrativo, pues según la tesis del alto Tribunal el acto administrativo no constituye el siniestro, sino que lo declara. Por consiguiente, es a partir de ese instante que se materializa el hecho que corren los dos años para que la entidad contratante expida el acto administrativo que le imponga a la aseguradora la carga de pagar la indemnización con ocasión de la ocurrencia del siniestro, porque una vez fenecido este plazo, el asegurado perderá su derecho a la indemnización.

Sobre este punto, recientemente, el mismo órgano jurisdiccional recordó:

[...] Que el término de prescripción se contabiliza desde que la administración tiene conocimiento del hecho o desde el momento en el que *razonablemente* debió tenerlo, pues a esto se refiere la norma cuando indica que transcurre desde cuando el interesado <<haya tenido o debido tener conocimiento del hecho>>: o está probado claramente cuando lo conoció, como ocurre en este caso, o ese conocimiento puede deducirse de otras circunstancias, como del examen del plazo dentro del cual debía cumplirse la obligación y la advertencia del incumplimiento que la entidad debió deducir luego de que el mismo venció.

“Por regla general, la Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros, a este tenor⁴”.

[...]

Que el acto administrativo que hace efectiva la garantía contra la compañía de seguros debe proferirse en el término ordinario de dos años, puesto que la prescripción se contabiliza desde que la entidad asegurada conoció o debió tener conocimiento del hecho y esta circunstancia excluye el término de prescripción extraordinaria de cinco años, el cual se contabiliza a partir de su ocurrencia, y solo opera cuando se evidencia que la entidad no conoció ni pudo conocer la circunstancia que le genera el derecho¹⁰⁶.

En otras palabras, la prescripción en el contexto de los seguros de cumplimiento y su relación con la entidad pública contratante inicia cuando la administración tiene conocimiento del evento o cuando razonablemente debería haberlo tenido, conforme lo dispone la ley comercial.

¹⁰⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de marzo de 2023. Expediente No. 67240. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

No obstante, lo anterior, esta tesis jurisprudencial no es compartida en materia de responsabilidad fiscal, cuando son las contralorías quienes pretenden hacer efectiva la garantía única de cumplimiento con el fin del resarcir el detrimento patrimonial investigado, derivado del incumplimiento contractual objeto de aseguramiento. Pues, como se advirtió en el punto anterior, estos operadores jurídicos - para todos los efectos - cuentan el término prescriptivo desde la apertura al proceso de responsabilidad fiscal y extienden el plazo ordinario tres años más al previsto en el artículo 1081 del Estatuto Comercial, como lo desarrollaremos en el siguiente capítulo.

En suma, una vez esbozados y analizados los conceptos básicos de la institución de la prescripción y su incidencia en el contrato de seguro en Colombia, es claro, que la prescripción no solo extingue una obligación que estaba a cargo del deudor, sino que, también, brinda a las relaciones jurídicas certeza y seguridad evitando la indeterminación obligacional en el tiempo. Sin embargo, cuando hablamos del contrato de seguro y su incidencia en el proceso de responsabilidad fiscal, esta premisa resulta inoperante o, por lo menos, matizada.

Entonces debemos preguntarnos si en la práctica los términos prescriptivos fijados por el artículo 1081 del Código de Comercio ¿son aplicables a toda clase de acción que ejerza el asegurado y/o beneficiario del seguro para hacer efectivo el pago de la indemnización?, pues, pese a la exclusiva regulación de la prescripción de las acciones emanadas del contrato de seguro, ésta, al parecer, no es procedente cuando el seguro es vinculado al proceso de responsabilidad fiscal, ya que la acción fiscal como lo desarrollaremos en el siguiente capítulo, se rige por normas especiales y, por ende, los términos de prescripción de este contrato aparentemente cambian o ceden, aunque no puede olvidarse que el asegurador se cita como un “interviniente” en el proceso, no propiamente como responsable fiscal.

2. Capítulo II: El contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal en Colombia

El control fiscal en Colombia es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la Nación, que vigilan a las entidades y a los particulares que manejan los recursos o bienes del Estado y tiene por objeto salvaguardar el patrimonio público. En ese orden, la acción de responsabilidad fiscal busca imponer sanciones pecuniarias a los funcionarios públicos y a los particulares que, por una indebida administración del erario ocasionen un detrimento patrimonial; de modo que para garantizar de manera eficaz el resarcimiento del menoscabo, el legislador ordena a los operadores jurídicos vincular a los procesos de responsabilidad fiscal -en calidad de terceros civilmente responsables- a las aseguradoras que suscribieron contratos de seguros que amparan a las entidades, los servidores, los bienes y los contratos públicos, como también, a los particulares que manejan dichos recursos.

Dicho esto, en el presente capítulo primero, abordaremos en términos generales los conceptos que enmarcan la gestión fiscal y el control fiscal en Colombia; acto seguido, se estudiarán las principales características y particularidades más relevantes que enmarcan el proceso de responsabilidad fiscal; después, se va a realizar un análisis de cómo opera la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, se identificarán los contratos de seguros que comúnmente son objeto de afectación y cómo procede la declaratoria de responsabilidad del

asegurador dentro de esta acción, para con ello, contextualizar al lector de las discusiones de carácter legal, jurisprudencial y doctrinal que han surgido alrededor de la aplicación del término de prescripción del contrato de seguro a instancia de este proceso, tema central del presente trabajo.

2.1. La gestión y el control fiscal en Colombia:

2.1.1. Naturaleza jurídica:

La *gestión fiscal* es el ejercicio de una función pública a cargo de los servidores públicos y/o los particulares que tengan a su cargo la administración y disposición de los recursos del Estado. La Ley 610 de 2000 en su artículo 3 define la gestión fiscal como:

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.

En idéntico sentido, YOUNES MORENO, indica que la gestión fiscal es “el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, talas como el recaudo de fondos, la adquisición do enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones”¹⁰⁷.

De ahí que, la *gestión fiscal* comprende todas las actividades económicas y jurídicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad

¹⁰⁷ YOUNES MORENO, Diego. Derecho del control fiscal. Vigilancia para una gestión transparente de lo público. 5^{ta} Ed. Actualizada. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de la Abogacía, Asociación Mundial de Transparencia, 2006, p. 55.

para manipular los recursos y bienes públicos, en orden de cumplir los fines esenciales del Estado.

Al respecto, cabe destacar que para la Corte Constitucional el concepto de gestión fiscal:

[...] Alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza 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 con el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos de la administración [...] ¹⁰⁸.

Al mismo tiempo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera manifestó:

El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos ¹⁰⁹.

Inclusive, podemos decir que autores como AMAYA OLAYA, recogen las dos últimas citas para señalar que el concepto de la gestión fiscal se debe observar desde una perspectiva “técnico-administrativo de la gestión” ¹¹⁰, ya que dicha misión debe

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-529 del 26 de noviembre de 1993. Expediente No. D-281. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 15 de abril de 2010. Expediente No. 66001-23-31-003-2006-00102-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

¹¹⁰ Agrega el jurista que: “Esta visión supone, siguiendo para ello el mismo esquema sistemático del propio control fiscal, que las entidades públicas (unidades de análisis) deben orientar su ejercicio con un apego incondicionado al principio de legalidad estricta (control de legalidad y financiero), mediante un proceso efectivo de gestión (control de gestión), con el fin de alcanzar los objetivos y fines adscritos por el ordenamiento jurídico (control de resultados), todo ello con respuesta a la postura material del Estado

transcender el aspecto de la legalidad para responder a criterios que determinen la efectividad global de la gestión pública, es decir: “La efectividad global está compuesta por la denominada efectividad interna de la gestión pública, la cual a su vez se integra por los principios de eficiencia, eficacia y economía; y por la efectividad externa de la gestión pública la cual se compone de los principios de equidad y valoración de costos ambientales (art. 267 C.P.)”¹¹¹.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que:

La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto de que su objeto y justificación estriban en su satisfacción y sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del "control de resultados" que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la C.N.¹¹².

De otra parte, intrínseco al ejercicio de la gestión fiscal se encuentra el *control fiscal*, función pública también de orden constitucional¹¹³, que surgió como respuesta a los focos de corrupción por desviación y uso indebido de los dineros públicos por quienes los administran; razón por la cual, el control fiscal busca vigilar el encargo adecuado de los fondos y los bienes que conforman el patrimonio público por parte de la administración o entidades públicas y de los particulares.

La Corte Constitucional en Sentencia C-167 de 1995 con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, fundamenta la necesidad de esta función, indicando que:

Social de Derecho”. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 168.

¹¹¹ Idem.

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-167 del 20 abril de 1995. Expediente No. D-754. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Oficial No. 116 del 20 de julio de 1991. Artículo 267.

Es así como, en el Estado social de derecho, se han concebido dentro de un largo proceso histórico sistemas articulados de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las fallas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público. Es bajo este orden de ideas que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la "gestión fiscal de la administración" que no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

En armonía, mediante Sentencia C-716 del 2002 con ponencia del Magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, se agregó:

El sentido último de la función de control fiscal proviene de la necesidad de proteger los bienes que están afectos al interés general. De allí que sea indispensable la existencia de una instancia, legítimamente constituida, que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos.

Así pues, la finalidad del control fiscal apunta a la protección del patrimonio de la Nación y ofrece claridad y transparencia de todas las operaciones relacionadas con el correcto manejo y utilización legal de los bienes y recursos públicos, tanto de la administración como de los particulares en cumplimiento de los fines del Estado. En conclusión, podemos afirmar que la gestión fiscal es el objeto sobre el cual recae el control fiscal. En otras palabras, el control fiscal es el instrumento que vigila a los sujetos, las instituciones y las entidades que ejercen la gestión fiscal a través de la ejecución, recepción, administración, destinación de los dineros y bienes del Estado de manera adecuada y conforme a las disposiciones constitucionales y legales.

2.1.2. Marco jurídico:

El marco jurídico que regula la gestión y control fiscal en Colombia, está conformado por la Constitución Política de 1991, la Ley 42 de 1993 por medio del cual se impulsan los artículos 267, 268 y 272 de la norma superior, organizando el sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen; esta norma regula los siguientes aspectos: i) los principios, sistemas y formas de ejercer el control fiscal; ii) las

atribuciones otorgadas al Contralor General de la República; iii) la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios; y iv) regula el procedimiento de la acción de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, normas que posteriormente fueron acogidas por la Ley 610 de 2000.

Luego se expide la Ley 106 de 1993, que desarrolla los numerales 9 y 10 del artículo 268 relacionados con la organización y el funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, se determina el sistema de personal y se desarrolla la carrera administrativa especial. Esta ley fue parcialmente modificada por el Decreto 267 de 2000.

La Ley 610 de 2000, que regula el trámite ordinario de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías y la Ley 1474 de 2011 que modifica algunas disposiciones de la Ley 610 de 2000, e implementa el proceso verbal de responsabilidad fiscal y su regulación; normas de gran importancia para el control fiscal, en razón a que a través de la implementación de esta acción administrativa se busca el resarcimiento del daño fiscal ocasionado por el inadecuado manejo de los recursos y bienes públicos por parte de los servidores públicos o particulares que realizan gestión fiscal, como lo desarrollaremos más adelante.

Ahora bien, recientemente, las normas constitucionales (artículos 267, 268, 271, 272 y 274) que regulan el régimen de control fiscal fueron modificados a través del Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019, esto con el objetivo de seguir fortaleciendo la lucha contra el fraude y la corrupción en Colombia¹¹⁴; siendo preciso indicar que el mismo fue objeto de control constitucional por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020 con ponencia del Magistrado Dr. José Fernando Reyes Cuartas en la que se declararon ajustadas a la Carta Política las normas contenidas en el Acto Legislativo.

¹¹⁴ Podemos decir que la reforma al régimen del control fiscal, entre otras, busca que la Contraloría General de la República a través del control fiscal preventivo y concomitante, pueda evitar los hechos de corrupción antes que estos sean consumados, es decir, que con la ejecución de dichos controles se pueda intervenir a tiempo en aras de proteger el patrimonio del Estado.

Es así como el Acto Legislativo No. 4 de 2019, está orientado a dirigir e implementar el control fiscal como mecanismo de transparencia y vigilancia de la gestión fiscal, razón por la cual incorpora entre otros, los siguientes cambios:

- ✓ El control fiscal además de ser posterior y selectivo será preventivo y concomitante. Esto significa, que tanto las contralorías como las veedurías y las áreas de control interno de cada entidad, excepcionalmente, podrán realizar vigilancia al mismo tiempo que se están ejecutando los recursos públicos.
- ✓ Se ordena la vigilancia y seguimiento permanente de los recursos y bienes públicos, lo que conlleva a imposiciones de multas por parte de las contralorías contra quienes se nieguen o aleguen reserva legal para no entregar la documentación solicitada.
- ✓ Se implementó el control judicial de los fallos con responsabilidad fiscal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de garantizar la recuperación oportuna del erario¹¹⁵.
- ✓ Se establece la prelación de los fallos con responsabilidad fiscal (en firme) en los procesos concursales y frente a otras acreencias.
- ✓ Las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por los entes de control fiscal tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y los jueces competentes.

¹¹⁵ Desde ya anunciamos que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que implementaban el control automático e integral de los fallos con responsabilidad fiscal y que se llevaría a cabo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de acuerdo con lo establecido en el inciso 5 del artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019, al manifestar que: “las normas demandadas vulneraban el derecho al acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Lo anterior, porque esta norma priva al responsable fiscal de varias garantías procesales, como los derechos a formular la demanda, pedir y controvertir pruebas, solicitar la suspensión del acto, presentar alegatos de conclusión y solicitar la reparación del daño. La Corporación aplicó un juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia, y determinó que el control automático e integral de los fallos con responsabilidad fiscal imponía un tratamiento diferenciado e injustificado entre los responsables fiscales y el resto de destinatarios de actos administrativos.”. Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 del 10 de marzo de 2022. Expediente No. D-14.197. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

Finalmente, el Acto Legislativo fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 403 de 2020, que regula las competencias de la Contraloría General de la República y contralorías territoriales; la intervención administrativa de las contralorías; el sistema de control fiscal; implementa el proceso sancionatorio fiscal; fortalece el trámite del proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, entre otros aspectos.

Este cuerpo normativo también fue objeto de control constitucional, mediante sentencia C-090 del 9 de marzo de 2022 en la que se declararon inexecutable los artículos 124 al 148 que introduce cambios al trámite del proceso de responsabilidad fiscal regulado por la Ley 610 de 2000. El alto Tribunal Constitucional argumenta la declaratoria de inexecutable, así:

En ninguno de los artículos acusados regula las materias señaladas en el párrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución Política, ni desarrollan las reformas que el Acto Legislativo 04 de 2019 introdujo a la Constitución. En efecto, tales artículos se limitan a reformar, adicionar o introducir nuevos elementos al proceso de responsabilidad fiscal. Ninguno tiene por objeto regular la equiparación de la asignación básica mensual de la Contraloría General de la República y de su planta transitoria a los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional; no crean el régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales; no amplían la planta de personal; no incorporan los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad; no modifican la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República; ni versan sobre la garantía de la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a la Contraloría General de la República y a contralorías territoriales intervenidas.

Las disposiciones acusadas tampoco desarrollan el Acto Legislativo 04 de 2019 en cuanto al control concomitante y preventivo; unificación de competencias de la Contraloría General y las contralorías territoriales; ni asignan funciones jurisdiccionales¹¹⁶.

Esta misma situación de inexecutable se presentó recientemente con los artículos 45 al 52 del decreto, que regulan los sistemas de vigilancia y control fiscal que pueden ejercer las contralorías (control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de

¹¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Boletín 07 del 10 de marzo de 2022. pp. 26-36.

las cuentas, evaluación del control interno). La Corte Constitucional a través de la sentencia C-237 del 30 de junio de 2022 con ponencia de la Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera, señala que si bien, el párrafo transitorio del artículo 268¹¹⁷ de la Constitución Política faculta al presidente para regular las materias que se discuten en dicho párrafo, no lo habilita *per se* a regular todas los temas relacionados con las atribuciones a cargo de la Contraloría General de la República, que son de competencia exclusiva del Congreso de la República, razón por la cual, los artículos 9 a 18 y 21 de la Ley 42 de 1993, los cuales habían sido derogados por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020, se mantienen vigentes. Al respecto, señala:

1. La regulación de tales sistemas (i) no era una de las materias enlistadas en el párrafo transitorio y (ii) no tenía por objeto implementar reformas constitucionales introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019.
2. El párrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución no confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias para regular de forma integral los sistemas de vigilancia y control fiscal. En criterio de la Sala Plena, esta era una materia que debía ser regulada por el Congreso de la República.
3. Las disposiciones demandadas no implementaron nuevos sistemas de vigilancia y control fiscal. Estas disposiciones únicamente reprodujeron en lo esencial los artículos 9 a 18 y 21 de la Ley 42 de 1993, los cuales preveían los sistemas de control y vigilancia fiscal aplicables al control posterior y selectivo. En criterio de la Sala, estos sistemas tenían por objeto examinar, aplicando diferentes metodologías, conductas ya ejecutadas por los sujetos

¹¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Oficial No. 116 del 20 de julio de 1991. Artículo 268: “[...] Parágrafo transitorio. La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente párrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley. Así mismo, el Congreso de la República expedirá, con criterios unificados, las leyes que garanticen la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y unas apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República durante las siguientes tres vigencias en 250.000, 250.000 y 136.000 millones de pesos respectivamente, las cuales serán incorporadas en los proyectos de ley de presupuesto anual presentados por el Gobierno Nacional, incluso aquellos que ya cursen su trámite en el Congreso de la República. Dichas apropiaciones no serán tenidas en cuenta al momento de decretar aplazamientos del Presupuesto General de la Nación. En los siguientes cuatrienios dichas apropiaciones estarán de acuerdo con el marco fiscal de mediano plazo”.

de control, no prevenir el daño fiscal ni garantizar la defensa y protección del patrimonio público¹¹⁸.

En suma, la Corte Constitucional concluyó que no existe relación de conexidad entre lo regulado por los artículos demandados y el alcance material de la norma (artículo 268 de la C.P.), en tanto estos no responden, de ninguna forma, a los lineamientos trazados por la misma; razón por la cual, el presidente de la República se extralimitó en el ejercicio la competencia legislativa conferida y, por tal motivo, las reformas introducidas a la Ley 610 de 2000 que regula el trámite de proceso de responsabilidad fiscal son improcedentes, dejando vigente su texto original.

2.1.3. Órganos que ejercen control fiscal:

La Constitución Política de 1991 asigna a la *Contraloría General de la República* como la autoridad competente para ejercer a nivel nacional la función de vigilar y controlar la gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que manejen los fondos y bienes del Estado. Es por esto, que en su artículo 119 se le asigna a la Contraloría General de la Pública la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración, en concordancia el artículo 267 establece:

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 [...].

En ese sentido, para poder ejercer el control fiscal, el inciso segundo de la norma en cita señala que la Contraloría General de la República inicialmente debe cumplir con un control posterior y selectivo¹¹⁹. Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló:

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Comunicado No. 21 de junio 29 y 30 de 2022. pp. 19 y ss.

¹¹⁹ El *control posterior y selectivo* se refiere a la forma como se ejerce el control fiscal, de manera ordinaria, es decir en desarrollo del control fiscal, a los sujetos de control identificados. De ahí que, el Decreto Ley 403 de 2020 en su artículo 53, dispone: Se entiende por control posterior la fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes

Los órganos de control, que vigilan el manejo fiscal y administrativo, el cumplimiento de la ley y la moralidad pública, y que verifican los resultados de las gestiones estatales, ejerzan su función, aunque, de conformidad con las nuevas directrices trazadas al control fiscal, aquella debe tener lugar de manera posterior y selectiva, sin interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas y sin asumir una responsabilidad coadministradora que la Constitución no ha previsto¹²⁰.

No obstante, de acuerdo con las modificaciones incorporadas por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019 al artículo 267 de la norma superior, el artículo 54¹²¹ y ss¹²² del Decreto Ley 403 de 2020 establecen que este control fiscal también debe ser preventivo y concomitante, es decir que la Contraloría General de la República puede realizar una vigilancia previa antes de que la administración, por medio del gestor fiscal, haya decidido cómo y en qué ejecutar sus recursos, con el fin de garantizar la defensa y protección del patrimonio público. Sobre este punto, la Corte Constitución argumenta:

Para que el fin propuesto evidentemente se materialice, esto es, que el control concomitante y preventivo no se desdibuje al punto que llegue a convertirse en una suerte de control previo camuflado, debe respetar como mínimo las siguientes condiciones: i) La advertencia permite que el gestor continúe su actividad sin que constituya un prejuzgamiento. No se trata de definir cómo y en qué ejecutar los recursos, sino de indicar a la administración cuándo se puede llegar a materializar un daño. ii) En relación con las empresas de economía mixta, la reforma debe ser entendida de modo tal que no paralice la actividad

públicos, con el fin de determinar si las actividades, operaciones y procesos ejecutados y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado. Este tipo de control se efectuará aplicando el principio de selectividad.

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-113 del 24 de febrero de 1999. Expediente No. D-2151. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹²¹ DECRETO LEY 403 DE 2020. Diario Oficial No. 51.258 de 16 de marzo 2020. Artículo 54: Control fiscal concomitante y preventivo. El control fiscal concomitante y preventivo es excepcional, no vinculante, no implica coadministración y corresponde a la potestad de la Contraloría General de la República formular advertencia a los sujetos vigilados y de control cuando sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en hechos u operaciones, actos, contratos, programas, proyectos o procesos en ejecución, en los que se involucren recursos públicos y/o se afecten bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, a fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes [...].

¹²² Ibid., Artículo 55: Finalidad del control fiscal concomitante y preventivo. El control fiscal concomitante y preventivo tiene por finalidad garantizar la defensa y protección del patrimonio público a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos, que permita evaluar un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada y eventualmente advertir sobre la posible ocurrencia de daños al patrimonio público [...].

administrativa, no implique un prejuzgamiento, ni termine por afectar el adecuado desarrollo de las actividades de las empresas del Estado. iii) Se debe garantizar la autonomía territorial. iv) Se debe separar adecuadamente las funciones de prevención, investigación y sanción, como una garantía al debido proceso. Asimismo, el grado de relevancia que tiene en esa función el control interno de las organizaciones, e incluso la interacción posible con otras formas de control (*vgrt.* procuraduría, fiscalía y superintendencias)¹²³.

Adicionalmente, tenemos que el artículo 272¹²⁴ de la Carta Política estipula que la vigilancia y control de los recursos públicos asignados a nivel departamental, distrital y municipal estará a cargo de las *contralorías territoriales*¹²⁵ (contralorías departamentales, distritales y municipales que serán organizadas por las respectivas asambleas y consejos), salvo que por competencia le corresponda a la Contraloría General de la República. Por último, el artículo 274¹²⁶ faculta como órgano de control y vigilancia de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales y a la *Auditoría General de la República*, quien ostenta las mismas funciones de las contralorías, en procura de que la función de control fiscal se cumpla bajo los principios rectores de la función administrativa y su ejercicio técnico fundado en los principios establecidos en la Ley.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. Expediente D-13517. M.P. José Fernando Leyes Cuartas.

¹²⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Oficial No. 116 del 20 de julio de 1991. Artículo 272: <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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. La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República. Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal. La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia. 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 [...].

¹²⁵ Actualmente, existe la Contraloría General de la República cuya cobertura de auditoría es nacional, y 67 contralorías territoriales: 32 departamentales, 31 municipales y 4 distritales.

¹²⁶ *Ibid.*, Artículo 274: <Artículo modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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 [...].

Vale la pena resaltar, que estos órganos de control¹²⁷ no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, gozan de autonomía administrativa y presupuestal^{128 129}. Ahora bien, entre las competencias otorgadas a estos entes de control fiscal, encontramos:

- ❖ **Las auditorias:** Corresponde la vigilancia sistemática y permanente sobre las entidades de Estado y aquellos particulares que manejan recursos públicos, que evalúa la política pública, la gestión y los resultados fiscales de los entes objeto de control fiscal y de los planes, programas, proyectos y/o asuntos a auditar, con el fin de determinar el cumplimiento de los principios de la gestión fiscal, en la prestación de servicios o provisión de bienes públicos, y en desarrollo de los fines constitucionales y legales del Estado.

- ❖ **La responsabilidad fiscal:** Es el producto del ejercicio de la vigilancia fiscal (auditorias), de las denuncias o quejas presentadas por la ciudadanía o por las entidades vigiladas; busca el resarcimiento de los daños al patrimonio público a través de la determinación de la responsabilidad fiscal, con el fin de recuperar los dineros sustraídos al erario.

La Corte Constitucional mediante sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996 con ponencia del Magistrado Dr. Antonio Barrera Carbonell, aclaró lo siguiente:

Las competencias que asisten a todas las contralorías se expresan a través de dos momentos teleológicamente concatenados, sin que el segundo de ellos

¹²⁷ Ibid., Artículo 117: El Ministerio Públicos y la Contraloría General de la República son órganos de control.

¹²⁸ Ibid., Artículo 113: Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes., para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

¹²⁹ Adicionalmente, señala la Corte Constitucional que: “con arreglo a estos parámetros aparecen las contralorías en sus diferentes niveles ejerciendo un poder de vigilancia que consulta los dictados de la auditoria moderna, en el entendido de que la Administración goza de plena autonomía e independencia para el desarrollo de su gestión fiscal, surtido lo cual emerge el control selectivo con un sentido retrospectivo e integral que finalmente debe dar cuenta del examen cuantitativo y cualitativo realizado sobre la materialidad de dicha gestión fiscal. Congruentemente las contralorías no hacen parte de ninguna rama del poder público como tampoco del nivel central o del nivel descentralizado, pues, sencillamente, constituyen órganos autónomos e independientes, lo cual debe redundar en la independencia requerida en todo haber controlador”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 del 26 de febrero de 2002. Expediente No. D-3660. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

deba darse necesariamente en todos los casos. Es decir, en un primer momento las contralorías realizan el control fiscal dentro de sus respectivas jurisdicciones, formulando al efecto las correspondientes observaciones, conclusiones, recomendaciones, y llegado el caso, las glosas que puedan derivarse del examen de los actos de gestión fiscal seleccionados. Si con ocasión de esa vigilancia, en forma inmediata o posterior surge alguna información concerniente a hechos u omisiones eventualmente constitutivos de daño fiscal, procede la iniciación, trámite y conclusión del segundo momento, esto es, del proceso de responsabilidad fiscal. El cual, en todo caso, está sujeto a la oportunidad que le otorgan las figuras de la caducidad y la prescripción.

Dicho lo anterior, frente a la competencia de las contralorías para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, este Alto Tribunal ha manifestado:

De esta suerte, con fundamento en los artículos 272 y 267 de la Constitución, tanto las contralorías de las entidades territoriales como la Contraloría General de la República pueden ejercer el control de la gestión fiscal cuando se manejan o administran fondos o bienes de origen nacional. (...) Así, se impone entonces una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 267, inciso primero, 272 y 286 de la Carta, de la cual se desprende como conclusión la existencia de una competencia concurrente para desechar la pretendida competencia privativa sobre el control de la gestión fiscal en este caso y, en tal virtud, ha de aceptarse que no pueden ejercerse simultáneamente esas funciones por la Contraloría Territorial y la Contraloría General de la República (...) no encuentra entonces la Corte que resulte inexecutable lo dispuesto por el artículo 5º numeral sexto del Decreto-ley 267 de 2000, como quiera que bien puede el legislador establecer competencias prevalentes, como lo hizo en este caso y en nada se vulnera norma alguna de la Constitución cuando para este efecto ordena que exista coordinación entre las actividades que cumplan para la vigilancia de la gestión fiscal tanto la Contraloría General de la República como las contralorías territoriales [...] ¹³⁰.

Así las cosas, la Contraloría General de la República ejerce control fiscal sobre las instituciones y las personas que manejan fondos o bienes públicos de la Nación mientras que a las contralorías departamentales, distritales y municipales, les corresponde realizar este mismo tipo de vigilancia, sobre las personas que manejen fondos o bienes públicos de las entidades territoriales, en donde éstas se encuentran constituidas.

¹³⁰ Ídem.

2.1.4. Sujetos de control fiscal:

Para empezar, hemos mencionado en el transcurso de este capítulo que la gestión fiscal hace referencia a la administración o manejo de bienes y recursos de la Nación y, en consecuencia, el control fiscal recae sobre quienes los manejan y/o administran. Es así, como el artículo 2 de la Ley 42 de 1993, en su momento señaló:

Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente Ley, las entidades enumeradas en este artículo.

Sin embargo, esta norma fue derogada por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020 y, en su reemplazo el inciso 5 del artículo 2 del nuevo Decreto, trae la siguiente definición:

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.

Al respecto, GOMEZ LEE¹³¹, señala que ante la ausencia de norma expresa que identifique -con nombre propio- las entidades, instituciones públicas y particulares que

¹³¹ GOMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.S., 2014. p. 1.

son objeto de control fiscal, éste último se debe dividir, desde el punto de vista de los sujetos, en: i) la gestión fiscal de la administración pública, ii) los particulares que realizan la gestión fiscal y iii) las entidades que manejan los fondos o bienes del Estado; para con ello, establecer sobre quienes recae la vigilancia fiscal:

Comprende tanto a las ramas de poder públicos, ejecutiva, legislativa, y judicial, como a todos los organismos de carácter autónomo e independiente¹³², entre otros, el Banco de la República y las corporaciones autónomas regionales, ya que sus vínculos con los recursos públicos los hacen sujetos de vigilancia por parte del al Contraloría General de la República. Así mismo, los particulares en condición de contratistas o cuando disposiciones legales les han conferido el manejo o la administración de recursos públicos, como es el caso de las cámaras de comercio, las cajas de compensación familiar, las empresas sociales del Estado y, en general, los fondos de fomento agropecuario e industrial, como la Federación Nacional de Cafeteros [...] y las universidades estatales u oficiales¹³³.

Así pues, las contralorías deben ejercer vigilancia fiscal sobre todo órgano, institución y sujeto que independiente de su naturaleza pública o privada o de sus funciones, manejen fondos o bienes de carácter público y, para poder ejercer el control específico sobre éstos, el legislador¹³⁴ asignó a las contralorías departamentales y municipales la competencia para ejercer el control fiscal en el manejo de los recursos públicos dentro del territorio de los departamentos y municipios sobre los cuales tengan jurisdicción y la Contraloría General de la República tiene una competencia

¹³² “La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aun cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho público, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado.” Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003. Expediente D-4099 y 4116. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³³ GOMEZ LEE, Iván Darío. Op. cit., pp. 3-4.

¹³⁴ LEY 42 DE 1993. Diario Oficial No. 40.732 del 27 de enero de 1993. Artículos 2 y 65.

prevalente cuando se trate de regalías y, en general, de recursos de la Nación o transferidos por ella a las entidades territoriales¹³⁵.

Recientemente, la Contraloría General de la República expidió la Resolución Reglamentaria No. 088 del 11 de junio de 2021 por medio de la cual sectoriza los sujetos de control fiscal y asigna la competencia en las Contralorías delegadas Sectoriales, para ejercer la vigilancia y el control fiscal de las entidades y los particulares que manejan fondos o bienes sujetos al control fiscal de la Contraloría General de la República, de los cuales se relacionan más de 500 instituciones y/o entidades -a nivel nacional- sometidas a control fiscal y que hacen parte de los siguientes sectores públicos¹³⁶: agropecuario; comercio y desarrollo regional;

¹³⁵ En torno a la delimitación y confluencia de las competencias otorgadas a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales y municipales, especialmente cuando se trata del control fiscal sobre recursos transferidos por la Nación, la Corte Constitucional, en la sentencia C-403 de 1994 explicó lo siguiente: “Entonces, se observa que existe un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. “Así las cosas, se advierte que respecto de los recursos de origen nacional, existe prevalencia del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en aras de garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación. Otra cosa sucede con los denominados “recursos propios” de las entidades territoriales, que se encuentran constituidos, por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o, las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias (impuestos, tasas y contribuciones propias), pues en estos casos se puede hablar de una intervención excepcional de la Contraloría General, como quiera que se trata del manejo de sus propios asuntos, aquellos que les conciernen y son de su esencia, no de otra manera se podría hablar de autonomía de las entidades territoriales”.

¹³⁶ La Contraloría General de la República mediante Resolución Reglamentaria Ejecutiva No. REG-EJE-0088 del 11 de junio de 2021, identificada cada una de las entidades sometidas a control fiscal de acuerdo a los siguientes subsectores: Regulador de Políticas, Desarrollo Agroindustrial y Comercialización, Investigación, Desarrollo Tecnológico y Transferencia de Tecnología, Fomento y Desarrollo Rural y Agropecuario, Patrimonios Autónomos, Sujetos de Control en Liquidación, Industria, Comercio, Desarrollo Regional, Turismo, Telecomunicaciones, Regulador Defensa, Seguridad, Educación – Central, Educación -Instituciones de Educación Superior, Cultura, Sistema Nacional del Deporte, Consejos, Administración Pública, Hacienda, Instituciones Financieras, Legislativo, Regulación, Supervisión y Control, Relaciones Exteriores, Registro, Social, Transporte, Gestion del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático, Otros Sujetos de Control - Identificación y Proceso Electoral, Administracion de Justicia, Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, Autoridades Ambientales, Investigaciones Científicas, Ambientales e Información Ambiental, Asociaciones, Corporaciones Civiles, Patrimonios Naturales, Hidrocarburos, Energía, Minas, Salud y Protección Social – Central, Prestadores de Servicios de Salud, Entidades Promotoras de Salud EPS, Salud - Entidades Adaptadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, Salud - Otras Entidades Supra departamentales, Trabajo – Central, Trabajo - Administradoras de Riesgos Laborales, Trabajo - Pensiones Administradoras de Regímenes de Prima Media, Especiales y Exceptuados, Trabajo - Pensiones, Administradoras de Ahorro Individual, Trabajo - Cajas de Compensación Familiar, Vivienda.

tecnologías de la información y las comunicaciones; defensa y seguridad, educación, ciencia y tecnología, cultura, recreación y deporte; gestión pública e instituciones financieras; inclusión social; infraestructura; justicia; medio ambiente; minas y energía; salud, trabajo y vivienda y saneamiento básico.

2.2. El proceso de responsabilidad fiscal en Colombia:

2.2.1. Naturaleza de la responsabilidad fiscal:

La responsabilidad fiscal es aquella que nace de la gestión irregular de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. La Corte Constitucional mediante sentencia SU - 620 de 1996, se pronunció, sobre el ejercicio de la responsabilidad fiscal de la siguiente manera:

Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, la de "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 sobre los alcances deducidos de la misma", la cual constituye 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 (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993) [...] Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa [...]¹³⁷.

Posteriormente, el alto Tribunal Constitucional agregó:

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

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU.620/96 del 13 de noviembre de 1996. Expediente No. T-84714. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

y coordinación, contratista y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado¹³⁸.

Así mismo, el Consejo de Estado¹³⁹ mediante reiterados pronunciamientos ha sostenido que la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo la custodia de bienes o recursos del estado, frente a los cuales tengan poder decisorio.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 4 de la Ley 610 del 2000 que regula el trámite del proceso de responsabilidad fiscal establece que el objeto de la responsabilidad fiscal “es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.

Aunado a esta precisión normativa, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, sostuvo:

El objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa asuman una conducta que no está acorde con la Ley - o cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas por aquella - deberán reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que como consecuencia se hayan producido¹⁴⁰.

Dicho en otras palabras, la responsabilidad fiscal consiste en que los funcionarios o personas naturales y jurídicas de carácter privado que estén encargadas del manejo de los dineros y bienes de orden público, que por asumir una conducta indebida por

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de mayo de 2016. Exp. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01. C.P. María Elizabeth García González.

¹⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 3 de octubre de 1995. Radicado No. 732. C.P. Javier Henao Hidrón.

acción u omisión ocasionen un detrimento al Estado, deberán reintegrar a favor de éste el monto (cuantificable en dinero) de todas las pérdidas que hayan producido.

2.2.2. Sujetos de la responsabilidad fiscal:

Ya precisamos que la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son las entidades competentes para realizar el control fiscal y, además, para conocer y establecer la responsabilidad fiscal; de ahí que, el sujeto contra quien recae dicha responsabilidad fiscal es el *gestor fiscal*, aquel servidor público o particular que dentro de sus funciones se establezca el manejo, recaudo, ejecución o custodia de bienes del Estado.

Es así, como los artículos 3 y 6 de la Ley 610 de 2000 identifican en calidad de *gestor fiscal* a toda aquella persona que ejerce actividades económicas, tecnológicas y jurídicas que puedan relacionarse con el uso y administración de los recursos públicos. Particularmente, los divide en dos tipos:

- ❖ **Los servidores públicos:** que dentro de sus funciones y actividades tengan el deber de administrar dineros y bienes del Estado.
- ❖ **Los particulares:** persona natural o jurídica que asuman el manejo o administración de los fondos o bienes de Estado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional sostiene que “la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado”¹⁴¹.

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU.620/96 del 13 de noviembre de 1996. Expediente No. T-84714. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

De una forma más concreta, AMAYA OLAYA, indica que se somete a control fiscal “el servidor público o el particular que ejerza actos de gestión fiscal sobre el patrimonio público (...). Esta conclusión nos permite, del mismo modo, apreciar que dicho servidor público, en el primer caso, puede ser cualquier funcionario de cualquiera de las entidades y organismos públicos sujetos a vigilancia fiscal por parte de las contralorías (...). El otro grupo corresponde a los particulares que ejerzan gestión fiscal, es decir, cuando están investidos, legal o contractualmente, de la capacidad jurídica para adelantar funciones públicas”¹⁴².

Frente a la responsabilidad fiscal que deben asumir los particulares, el Consejo de Estado justifica la vigilancia de estos actores, indicando que las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas¹⁴³; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, como los que ejerce las contralorías.

Debido a lo anotado, se percibe con claridad que el detrimento patrimonial al Estado puede ser causado por acción u omisión, tanto por servidores públicos como por

¹⁴² AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 131-132.

¹⁴³ Así mismo indica que: “de igual manera, se llama la atención en el sentido de que no es que se esté desconociendo la responsabilidad fiscal que le puede llegar a asistir a un particular; lo que se debe destacar es que no se pueden hacer juicios generalizados como lo hizo la apelante, en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal -que per se debe involucrar la ejecución de recursos públicos de lo contrario no tendría esta condición-, por este sólo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad. Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal. Siendo ello así, no es compartido el argumento de la apelación según el cual, en virtud de los planteamientos sentados en la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, mediante la cual la Corte Constitucional afirmó que para el control fiscal no se tiene en cuenta el régimen que asuma las entidades que manejen recursos estatales bien sean de naturaleza pública o privada, pues al estar involucrados recursos públicos -interpretó el apelante- lo que interesa es la vigilancia fiscal por parte del ente de control, afirmación que no es desconocida por la Sala. Lo anterior, por cuanto ésta no puede ser una afirmación absoluta, ya que la responsabilidad fiscal tiene como requisito sine qua non, el ejercicio de una conducta que causó un daño al patrimonio Estatal producto de la gestión fiscal, que como se ha advertido, para que le pueda ser imputada a un particular, debe tener bajo su órbita de desempeño, la administración o manejo sobre los recursos públicos que le hayan sido entregados, de lo contrario no procede”. Véase: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Expediente No. 05001- 23-31-000-2004-01667-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

particulares, lo cual guarda estrecha relación, como lo desarrollamos en líneas anteriores, con el hecho de que la gestión fiscal puede ser realizada, tanto por servidores públicos como por particulares, por tanto, ambos podrán ser sujetos de responsabilidad fiscal.

2.2.3. Elementos de la responsabilidad fiscal:

Una vez estudiado el objeto, los órganos competentes y los sujetos sobre quienes recae la responsabilidad fiscal, pasamos a enunciar y a desarrollar los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. El artículo 5 de la Ley 610 de 2000 indica que, la responsabilidad fiscal está 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*; y iii) *un nexo causal entre el daño y la conducta*. Esto es, que para efectos de constituir la responsabilidad fiscal se requiere de la existencia de una conducta, activa u omisiva, dolosa o culposa, por parte del servidor público o del particular -según el caso- que en el ejercicio de la gestión fiscal produzca un daño sobre los fondos o bienes públicos, y que entre una y otra exista una relación de causalidad.

El Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia del 12 de septiembre de 2019, radicado 17001-23-31-000-2010-00313-0110 coligió estos tres elementos de la siguiente manera: “i) elemento objetivo, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal”.

En estas circunstancias, la responsabilidad fiscal no podrá ser imputada a menos que se cumplan los requisitos mencionados, es decir, en ausencia de perjuicio, de una acción u omisión, así como de dolo o culpa, y de un nexo causal entre estos elementos, resulta imposible atribuir responsabilidad fiscal. Esta interpretación ha sido sostenida por la Corte Constitucional en las sentencias SU-620 de 1996, en el

marco de los pertinentes apartados de la Ley 42 de 1993, y C-619 de 2002, ya en el ámbito de la Ley 610 de 2000.

A continuación procederemos a precisar conceptualmente cada uno de estos elementos:

2.2.3.1. El daño:

En términos generales el daño¹⁴⁴ es el menoscabo o detrimento producido al patrimonio de la persona natural o jurídica o, a la persona en su ser mismo, ya sea patrimonial o físico o, moral o extrapatrimonial, por parte de un tercero, producto de una conducta ilícita¹⁴⁵. Si bien existe una homogeneidad doctrinal respecto al concepto del daño, no cabe duda que éste en materia fiscal corresponde al menoscabo del patrimonio público y contempla unos elementos especiales: i) un sujeto cualificado para su producción, esto es, debe ser causado por un gestor fiscal; y ii) la acción dañosa, debe recaer única y exclusivamente sobre los bienes del Estado¹⁴⁶. De lo anterior, se sigue que el sujeto pasivo del daño sea el Estado, concebido este como persona jurídica en cuanto sujeto de derechos y obligaciones, respecto del cual, sólo es posible indemnizar el daño patrimonial o físico¹⁴⁷.

¹⁴⁴ El daño es uno de los conceptos más elaborados y trabajados de la doctrina perteneciente a la responsabilidad contractual y extracontractual, motivo por el cual, son múltiples los autores que lo han querido abordar, con el objeto de determinar su límite y extensión. Así tenemos como TAMAYO JARAMILLO, lo define como “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extramatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Vol. II. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2013, p. 326); mientras que HENAO PÉREZ, lo identifica como “la aminoración patrimonial de la víctima” (HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 84); y ESCOBAR GIL, lo determina como “todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza” (ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad contractual de la administración pública. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1989, p. 165). De esta forma tenemos, que a pesar de la pluralidad de definiciones, todas ellas conservan unos elementos comunes los cuales se refieren al detrimento sufrido por el patrimonio de la víctima, como consecuencia de una acción u omisión ilícita generada por un tercero independiente a la víctima.

¹⁴⁵ AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 186.

¹⁴⁶ GOMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.S., 2014, pp. 288-289.

¹⁴⁷ Sobre este asunto la jurisprudencia ha precisado que: “...en lo que atañe al reconocimiento de perjuicios morales subjetivos cuya condena impuso el a quo, considera la Sala que la misma resulta improcedente, pues si se tiene en cuenta que este tipo de daño es aquél que “...incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la

Podemos decir, entonces, que el daño en la responsabilidad fiscal es el detrimento o perjuicio que sufre el patrimonio del Estado por causa de la acción u omisión de un gestor fiscal o de la persona que determine dicho detrimento.

Ahora bien, la doctrina ha sido reiterativa en considerar el daño como el primer elemento de la responsabilidad fiscal, ya que después de estructurado y probado el daño se puede establecer los demás elementos, empezando por la conducta. Sobre este punto, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en concepto No. 0070A del 15 de enero de 2001, señaló que de los tres elementos que configuran la responsabilidad fiscal “el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Con esta lógica, el artículo 40 de la ley 610 dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal”.

Además, para que se establezca un daño patrimonial al Estado, es crucial contar con certeza¹⁴⁸ absoluta sobre su ocurrencia, ya que esta certeza es fundamental para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal. Respecto a la certeza del daño, la Contraloría General de la República ha afirmado¹⁴⁹, que se entiende como "cierto" aquel que está respaldado por evidencia de que la acción perjudicial ha causado o causará una disminución patrimonial o moral en el demandante. Es por esto, que la ley exige que al iniciar un proceso de responsabilidad, el daño ya haya ocurrido o se haya consumado. Esta disposición se considera sensata, dado que la certeza en casos de daños futuros es relativa y no se puede tener certeza absoluta sobre el futuro.

aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece...” vivencias que “...varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre...” (12), es fácil concluir que esta clase de perjuicios no puede predicarse de una persona jurídica, invulnerable a estos sentimientos, que son los que en últimas abren paso al reconocimiento de esta clase de perjuicios”. Véase: TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. Sala Civil. Sentencia del 13 de septiembre de 2010. Expediente No. 110013103040200300577 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora.

¹⁴⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, OFICINA JURÍDICA. Concepto No. 80112 EE15354 del 13 de marzo de 2006.

¹⁴⁹ Ibid. Concepto No. 0070A de 15 de enero de 2001.

En este sentido, el daño -entendido este como el menoscabo al erario- se convierte en un requisito indispensable para imputar responsabilidad fiscal a los funcionarios públicos o a terceros particulares que realicen labores de gestión fiscal. Este fenómeno posee un carácter estrictamente pecuniario o económico y se traduce en la pérdida de recursos por parte del Estado. En consecuencia, implica un empobrecimiento del erario al suponer una disminución en los activos y recursos disponibles.

Sobre el particular, también es importante citar, lo manifestado por la Corte Constitucional, cuando dice que:

En este orden jurídico, el daño siempre estará representado en el menoscabo del patrimonio público cualquiera que fuere su connotación y para efectos de la imputación de la responsabilidad fiscal, el mismo debe darse en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta. Para la estimación del daño debemos acudir a los principios generales de la responsabilidad, por tanto, para valorarlo debe tenerse en cuenta que el mismo ha de ser cierto, especial, anormal, cuantificable y con arreglo a su real magnitud. Se entiende que el daño es cierto cuando aparece evidencia que la actuación u omisión del servidor público o particular ha generado una afectación al patrimonio público. Dicho en otras palabras, existe certeza del daño, cuando obra prueba que permita establecer que existe un menoscabo de los dineros o bienes públicos, por tanto, es viable cuantificar esa disminución patrimonial y endilgárselo a quien con su conducta activa u omisiva lo causó¹⁵⁰.

Y, la Contraloría General de la República, ha sostenido que: "El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico; consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. Es el empobrecimiento del erario. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material - quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial"¹⁵¹.

Esto significa que en el proceso de responsabilidad fiscal la determinación del monto del daño es importante, por consiguiente, ha de establecerse no solo la dimensión de

¹⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996. Expediente No. T-84714. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, OFICINA JURÍDICA. Concepto No. 80112 EE15354 de 13 de marzo de 2006.

éste, sino que debe examinarse también si, eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.

Así las cosas, aunque el daño en material fiscal sigue, en principio, los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales establecidos para el daño en general¹⁵², tiene unos elementos exclusivos que lo separan y diferencia de éste; de hecho, el daño es la base fundamental para establecer la existencia o no de la responsabilidad fiscal, ya que, sin la producción del mismo, no tiene razón de ser adelantar la acción, en tanto que esta (al ser de carácter resarcitoria) persigue la compensación del daño causado al Estado por parte del gestor fiscal, conforme lo contenido en el Artículo 6¹⁵³ de la Ley 610 de 2000.

2.2.3.2. La conducta:

Una vez establecido lo relativo al daño, nos referimos a la conducta, que hace referencia a las acciones u omisiones atribuidas a las personas naturales de carácter público o, las jurídicas o naturales del carácter privado, que tengan a cargo el desarrollo de la gestión fiscal, establecida en el artículo 3¹⁵⁴ de la Ley 610 de 2000.

¹⁵² “Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, por lo tanto, entre otros factores, que han de valorarse, debe considerarse que aquél debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. Expediente No. D-3389. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁵³ LEY 610 DE 2000. Diario Oficial No. 44.133 del 15 de agosto de 2000. Artículo 6: 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.

¹⁵⁴ Ibid., Artículo 3. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, 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

De ahí, que los preceptos consignados en los artículos 5 y 6 del mismo cuerpo normativo requieren que la conducta que haya ocasionado la configuración del perjuicio sea tanto culposa como dolosa, en virtud de esta condición, en el proceso de atribución de responsabilidad fiscal, es imperativo realizar un reproche, por acción u omisión (conforme al tenor del artículo 1 ibid.), bajo el título de dolo o culpa grave. Estos elementos deben ser objeto de escrutinio a la luz de lo establecido en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, dado que nos encontramos frente a una situación de naturaleza patrimonial y no sancionatoria.

En consecuencia, la conducta que interesa examinar a la hora de determinar la existencia o no de la responsabilidad fiscal, es aquella realizada por un servidor público o particular que a título de culpa (grave) o de dolo.

Dicho lo anterior, en materia de presunciones del dolo, entendido éste como la intención positiva de infligir un daño, el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, dispone “se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título”.

Y, frente a la culpa plantea, por un lado, la determinación del incumplimiento de un deber objetivo (establecido en la ley) por parte del gestor fiscal y, de otra parte, supone el examen del actuar del gestor fiscal, el cual está condicionado tanto por la estructura y conocimientos que este posee, como por la exteriorización de su comportamiento. Consideremos entonces, que el hecho culposo puede tener lugar por negligencia, imprudencia e impericia graves. La negligencia implica una falta en la atención que debe prestar el agente en sus actuaciones.

Con relación al grado de culpabilidad de la responsabilidad fiscal, señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹⁵⁵ que debe remitirse a lo establecido

sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

¹⁵⁵ “Que el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de culpa leve que define el artículo 63 del C.C., como fía falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres

en la ley civil¹⁵⁶. En ese sentido, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave como aquella que “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.

La doctrina especializada en el tema de la responsabilidad fiscal ha señalado que “la culpa fiscal implicará siempre la violación de los principios de gestión fiscal, pero la determinación de esta exigirá siempre, identificar una norma imperativa que imponga un deber de conducta al gestor fiscal, norma cuyo incumplimiento permitirá determinar con certeza la existencia de culpa fiscal”¹⁵⁷. Al respecto, el artículo 118 de la ley en cita, señala los eventos en los cuales el presunto responsable fiscal puede ser imputado por una conducta grave:

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;
- b) Cuando haya habido una 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 se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el 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;

emplean ordinariamente en sus negocios propios”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de julio de 1996. Radicado No. 846. C.P. Roberto Suárez.

¹⁵⁶ La Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002 declaró la inexecutable de la culpa leve como base de la Responsabilidad Fiscal.

¹⁵⁷ RODRIGO NARANJO, Carlos Ariel; CÁRDENAS, Erick y NARANJO GÁLVEZ, Rodrigo. Cuatro Tesis Sobre Responsabilidad Fiscal-El Concepto de Culpa en la Responsabilidad Fiscal. Revista Sínderesis No. 7. Ed. Auditoría General de la República, pp. 25-26.

d) Cuando se haya incumplido 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;

e) Cuando se haya efectuado el 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.

En sentencia C-512 de 2013¹⁵⁸, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de dicho precepto, al considerar que el legislador puede establecer presunciones legales de dolo y culpa en el proceso de responsabilidad fiscal. Este propósito busca otorgar seguridad a situaciones de relevancia, como las previstas en el artículo cuestionado, así como proteger bienes jurídicos valiosos, tales como la salvaguarda del patrimonio público, la garantía de transparencia y el cumplimiento de los principios de moralidad administrativa en las operaciones vinculadas con la administración y uso de bienes y recursos públicos, y la verificación de la eficiencia y eficacia de la administración para cumplir con los fines del Estado, todo ello en conformidad con la lógica y la experiencia.

En suma, la noción de intencionalidad antijurídica es fundamental para discernir entre el dolo y la culpa. Cuando un daño se produce por desatención o negligencia, sin la presencia de una intención consciente y contraria a la ley, estamos ante un caso de culpa y no de dolo. Mientras la culpa implica una carencia de diligencia y precaución, el dolo conlleva una acción que va en contra de la buena fe.

2.2.3.3. El nexo causal:

Con base en el análisis efectuado, se desprende que la determinación de la responsabilidad fiscal conlleva una evaluación minuciosa de dos elementos cruciales: el daño y la conducta. El primero implica la verificación de una disminución patrimonial o moral, ya sea presente o futura, mientras que el segundo se centra en las acciones u omisiones imputadas a individuos, ya sean de naturaleza pública o privada, encargados de la gestión fiscal.

¹⁵⁸ M.P: Mauricio González Cuervo.

En cuanto al grado de culpabilidad, se establece que se debe recurrir a lo estipulado en la legislación civil, definiendo la culpa grave como la negligencia en el manejo de asuntos ajenos. Asimismo, se distingue entre el dolo y la culpa en la comisión de un daño patrimonial al Estado, y se enfatiza en la presunción de dolo en casos específicos donde el gestor fiscal haya sido condenado penal o disciplinariamente.

De ahí que, el nexo causal se refiere a la relación causa-efecto que se predica entre la conducta y el daño¹⁵⁹, la cual puede ser, no solo de origen fáctico, sino que también puede darse en el plano jurídico, esto en la medida que la producción de un resultado no sólo se determina mediante la realización de una acción positiva en el mundo exterior, sino que también puede ser producto de una manifestación intelectual que proyecta sus resultados mediante la modificación del mundo sensible. Aunado a lo anterior, la causa de un resultado no solo es atribuible al ejercicio de una acción positiva o intelectual, sino que también puede producirse por la omisión de una atribución jurídica por parte del obligado de esta, la cual trae como consecuencia la producción del resultado lesivo del daño.

De modo que, para poder establecer la responsabilidad fiscal, es deber del ente de control fiscal demostrar, primero, la existencia de un daño causado al Estado (menoscabo del erario) y, segundo, determinar el grado de culpabilidad en cabeza del gestor fiscal con respecto a la materialización del daño. Indican los tratadistas AMAYA OLAYA y GÓMEZ LEE, que: “el nexo causal debe ser visto a través de un lente hermenéutico distinto, que refracte no ya la simple causalidad física de la conducta antijurídica frente al daño imputado, sino una causalidad jurídica, emanada del papel de exigibilidad personal funciona o contractual, derivada de las normas indicadoras, generales, principios y específicas”¹⁶⁰, esto significa que, el nexo causal entre la

¹⁵⁹ RODRIGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Lecciones de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva. Serie de conocimiento prácticos Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011. Doctrina y jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial ABC, 2018, p. 34.

¹⁶⁰ GOMEZ LEE, Iván Dario. Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.S., 2014, p. 295.

conducta del gestor fiscal y el daño de tener su fuente en la ley, reglamento interno de los órganos e instituciones públicas o en un negocio contractual.

2.2.4. La acción de responsabilidad fiscal:

2.2.4.1. Naturaleza jurídica:

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de 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 sobre los alcances deducidos de la misma. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República.

La naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es netamente resarcitoria¹⁶¹ no sancionatoria. Adicionalmente, es independiente de otros tipos de responsabilidad¹⁶² (penal, civil, disciplinaria), pues busca restitución pecuniaria del perjuicio producto del

¹⁶¹ Se trata de un proceso de índole administrativa, por lo que el investigado “no es objeto de juzgamiento, pues no se encuentra sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado”, lo que le permite “acudir a la justicia contencioso administrativa para cuestionar la legalidad del procedimiento y la decisión en él proferida”, vertida en un acto administrativo, en el cual se declara una responsabilidad “esencialmente patrimonial y no sancionatoria, toda vez que tiene una finalidad exclusivamente reparatoria, en cuanto persigue la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado al Estado. Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-836 del 20 de noviembre de 2013. Expediente No. D-9607. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶² En este punto, se aclara que la acción de responsabilidad fiscal es distinta a la acción de repetición, su naturaleza y objeto son completamente diferentes: la primera, 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 y, la segunda, persigue una finalidad de interés público que se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales; es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente. Véase: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. Expediente No. D-3873. Ms.Ps. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

detrimento patrimonial a la entidad estatal¹⁶³, ocasionado por sus funcionarios y los particulares. El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa¹⁶⁴ y se regenta por los principios de la función administrativa regulados por el artículo 209 de la Constitución Política¹⁶⁵; de manera que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del investigado constituye un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativo, o en su defecto, podría ser revisado por este órgano jurisdiccional a instancia del control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal que introdujo el artículo 45¹⁶⁶ de la Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se reforma el Código de

¹⁶³ El detrimento patrimonial al estado es entendido como: “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”. GALINDO VACHA. Juan Carlos. Análisis jurídico de la problemática relativa a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal. La guía para la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal. Bogotá, D.C. Autoría General de la Nación, 2010, p. 40.

¹⁶⁴ "la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa." CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998. Expediente No. D-1859. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también: Sentencia SU-620 del 13 de noviembre 1996. Expediente No. T-84714. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia C-540 del 23 de octubre 1997. Expediente No. D-1667. M.P. Hernando Herrera Vergara

¹⁶⁵ El proceso de responsabilidad fiscal se rige y se estructura a partir de un conjunto de principios que se encuentran consagrados el artículo 209 superior, artículo 2 de la Ley 610 de 200 y artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶⁶ LEY 2080 DE 2021. Diario Oficial No. 51.568 de 25 de enero de 2021. Artículo 45. <Artículo INEXEQUIBLE> Adiciónese el artículo 185A a la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 185A. Trámite del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. Recibido el fallo con responsabilidad fiscal y el respectivo expediente administrativo, se surtirá lo siguiente:

1. Mediante auto no susceptible de recurso, el magistrado ponente admitirá el trámite correspondiente, en el que dispondrá que se fije en la secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo, así mismo en el auto admisorio se correrá traslado al Ministerio Público para que rinda concepto dentro del mismo término; se ordenará la publicación de un aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así como la notificación al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto, a quien según el acto materia de control, hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable y al órgano de control fiscal correspondiente.
2. Cuando lo considere necesario para adoptar decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.
3. Vencido el término de traslado o el período probatorio, cuando a ello hubiere lugar, el magistrado ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia.
4. La sala de decisión proferirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes al registro del proyecto de fallo, que incluirá, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva. Si encontrare que se configuró alguna de las causales de nulidad

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual conllevaría un nuevo paso obligado ante la jurisdicción, debido a que el propósito de la norma consiste en someter al escrutinio oficioso y exhaustivo de la jurisdicción contenciosa los actos administrativos que decidan sobre la responsabilidad fiscal de los investigados dentro del proceso; con el fin de que, mediante pronunciamientos expeditos, se resolviera acerca de su legalidad, agilizando de este modo el recobro del valor establecido como detrimento patrimonial.

Empero, la Corte Constitucional al estudiar las demandas interpuestas en contra de la constitucionalidad los artículos 23 y 45 de la precitada ley, determinó que se estaba tratando de manera desigual a los responsables fiscales y a otros destinatarios de actos administrativos objeto de control, lo cual no tenía una justificación constitucional. Esta disparidad se evidenciaba en la forma en que accedían a la administración de justicia, con unos teniendo un control automático e integral y otros requiriendo presentar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Corte argumentó que, aunque el control automático era útil para agilizar los procesos y reducir la congestión judicial, la restricción en el acceso a la justicia y el debido proceso era excesiva. Por lo tanto, consideró que el legislador había ido más allá de su margen de actuación en materia procesal. En consecuencia, la Sala Plena en sentencia C-147 de 2022¹⁶⁷ declaró como inconstitucionales los artículos impugnados y estableció que la decisión tendría efectos retroactivos desde la promulgación de la Ley 2080 de 2021 (el 25 de enero de ese año). Se fijaron pautas para los fallos fiscales emitidos posteriormente, así como para los procesos en curso y los ya resueltos y firmes. También se instó al Congreso a desarrollar el artículo 267 de la Constitución en el marco de sus competencias.

previstas por el artículo 137, así lo declarará y adoptará las demás decisiones que en derecho correspondan. La sentencia proferida en ejercicio del control automático se notificará personalmente a la contraloría, a quien hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable, y al Ministerio Público, al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto; y por anotación en el estado, a los demás intervinientes y será susceptible de recurso de apelación que será decidido por salas especiales conformadas por la corporación competente, en caso de que el fallo de primera instancia sea proferido por el Consejo de Estado la apelación será resuelta por una sala especial diferente a aquella que tomó la decisión. La sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes y se notificará en la forma dispuesta en el presente numeral.

¹⁶⁷ Sentencia de 27 de abril de 2022. Expediente D-14346. M.P: Paola Andrea Meneses Mosquera.

Sobre el tema, ROJAS SÁNCHEZ, opina lo siguiente:

La forma como se pretendió desarrollar el objetivo constitucional de la celeridad en los procesos judiciales frente a los fallos con responsabilidad fiscal, a través de la figura del control automático de legalidad de dichos actos administrativos, prevista en la Ley 2080 de 2021, fue, por decir lo menos, desafortunada, pues tajo consigo profundas restricciones a las garantías propias del debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia, así como tuvo el defecto de desdibujar el rol que el juez contencioso administrativo está llamado a cumplir, según los intereses y derechos en juego en el proceso jurisdiccional.¹⁶⁸

Agrega que:

[...] con independencia de que el fallo con responsabilidad fiscal se hubiese anulado en el marco de este medio de control, el afectado con la decisión debía tener la garantía de acceso a la justicia para la reivindicación de sus derechos subjetivos, razón por la cual la posibilidad judicial de su reclamación debía ser tutelada, teniendo en cuenta las consideraciones aquí expuestas en torno a los efectos de la sentencia, pues se reconoce que, si bien es cierto que en este medio de control no se estudiaban los temas de interés subjetivo del afectado, propio del análisis de pretensiones de restablecimiento del derecho o de reparación, la declaración de nulidad del fallo debía traer consigo un restablecimiento automático de derechos, representado en la desaparición del título que sirve de base para el trámite del procedimiento de cobro coactivo, el levantamiento obvio de las medidas cautelares y la clara imposibilidad de la inscripción en el Boletín de Responsables Fiscales; pero no hubiese ocurrido lo mismo con la reparación de los daños y perjuicios derivados del acto administrativo, o en todo caso, de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal, que requerirían para su reconocimiento de pronunciamiento judicial.¹⁶⁹

En otras palabras, la inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 se concentra en que los con responsabilidad fiscal bajo revisión oficiosa de la jurisdicción contenciosa afecta únicamente a las entidades jurídicas previamente designadas en el procedimiento correspondiente. Este fallo, a través del control inmediato de legalidad y sin requerir la voluntad de los afectados, se somete al escrutinio de juez, para que

¹⁶⁸ ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. Los presupuestos procesales en el derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2021. p. 13.

¹⁶⁹ Ibid. ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. El control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal: Crónica de una derogatoria anunciada. En: Balance, reforma y perspectivas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en su décimo aniversario. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. Serie Derecho Administrativo No. 36, marzo 2022. pp. 323-324.

a través de un auto irrecurrible, asuma automáticamente el examen exclusivo de su legalidad, sin que la sentencia que aquí debe proferirse pueda declarar un eventual restablecimiento de un derecho, o pronunciar una condena en perjuicios a su favor. Ahora bien, retomando el tema central del presente numeral, la Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1998 con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, indicó:

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 por su conducta dolosa o culposa.

En la misma providencia, señaló:

La Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad [...] Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es así como Ley 610 del 2000 en su artículo 1 define esta acción como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. Dicho esto, la acción de responsabilidad fiscal se adelanta como una actuación declarativa ante la autoridad de control, pues tiene por objeto perseguir la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo de los servidores públicos o particulares vinculados al proceso en calidad de responsables fiscales y, en consecuencia, busca la indemnización pecuniaria a favor de la entidad pública afectada.

Cabe aclarar que en la mayoría de los casos esta acción es adelantada por el ente de control de manera oficiosa, esto como resultado de las auditorias que las mismas contralorías realizan sobre la gestión fiscal de las entidades públicas; sin embargo, los procesos de responsabilidad fiscal también se pueden adelantar como consecuencia de las quejas o denuncias instauradas por los mismos funcionarios y entidades públicas vigiladas, autoridades o cualquier persona, caso en el cual, se ratifica, el asegurador NO es citado como responsable fiscal, sino como interviniente, lo cual es cosa distinta.

2.2.4.2. Caducidad y prescripción de la acción de responsabilidad fiscal:

La caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al término prefijado para intentar la acción, de manera que una vez transcurrido éste se produce el resultado de extinguir dicha acción. Para la Corte Constitucional¹⁷⁰ la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que, si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley, sin iniciar la acción, el mencionado derecho fenece; constituyéndose entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general.

Acerca del fenómeno procesal de la caducidad, se ha precisado que:

Comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una potestad, cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentoriamente previsto en ella. [...] Por consiguiente, desde esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fiado por la ley, dentro de la cual debe ejercerse idóneamente el poder o el derecho, so pena de extinguirse.

[...] El legislador, pues, en aras de la seguridad jurídica, pretende con los términos de caducidad finiquitar el estado de zozobra de una determinada situación o relación de Derecho, generado por las expectativas de un posible pleito, tal la presentación de la demanda, e un plazo apremiante o decisivo, con la cual limita con precisión, la oportunidad que se tiene para hacer actuar un

¹⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998. Expediente No. D-2026. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

derecho, de manera que no afecte más allá de lo razonablemente tolerable los intereses de otros [...] ¹⁷¹.

Esto significa, que la caducidad es una sanción jurídico procesal por el no ejercicio oportuno de los medios o acciones de que dispone el ordenamiento jurídico para ejercer determinado derecho.

Por su parte, la prescripción liberatoria -como lo explicamos ampliamente en el capítulo 1 del presente escrito- extingue las acciones o derechos ajenos por no ejercerlos su titular en el tiempo establecido en la ley.

Dicho lo anterior, el legislador estableció un término de caducidad para la acción de responsabilidad fiscal, potestad que también se extiende a la inclusión de la figura de la prescripción, así como a la fijación del término en el que opera tanto la caducidad como la prescripción de esta acción administrativa, términos que según la jurisprudencia ¹⁷² garantizan la seguridad jurídica, el ejercicio razonable de las facultades a cargo de los entes de control fiscal y los derechos de quienes son sujetos pasivos de la acción fiscal.

En ese sentido, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 que regenta el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, establece:

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 la del 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,

¹⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 11 de 2013. Expediente No. 2011-01067-00 citada en sentencia de junio 25 de 2018, Expediente No. 2012-01848-00.

¹⁷² Op. cit.

a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

La disposición en cita está fijando dos plazos distintos y a su vez liberatorios que impiden -si se cumplen- el ejercicio de la acción para que las contralorías puedan perseguir y exigir el resarcimiento del detrimento patrimonial al Estado en cabeza de quien realiza de forma irregular la gestión fiscal.

Para efectos de la caducidad de la acción fiscal, las Contralorías, cuentan con un plazo de cinco (5) años para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, so pena de perder el derecho de exigir el resarcimiento del detrimento patrimonial que se investiga. El quinquenio se empieza a contabilizar desde el momento en que ocurre el hecho generador del daño, el cual ha sido clasificado por el legislador de dos tipos:

- ❖ **Hechos o actos instantáneos:** se refiere a un tipo de daño que puede ser identificado en un momento específico en el tiempo. Aunque puede resultar en perjuicios que se proyectan hacia el futuro, existe de manera concreta en el momento en que ocurre.

- ❖ **Hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, permanente o continuado:** son aquellos eventos cuya realización se prolongan en el tiempo ya sea de manera continua o intermitente. Es importante destacar que esta prolongación en el tiempo se aplica al daño en sí, no a los efectos o perjuicios causados.¹⁷³.

¹⁷³ “Debe recordarse que el daño patrimonial, por lo general en la administración pública, reviste de carácter completo dado que las decisiones se componen de actos, operaciones o hechos administrativos, los cuales son realizados por varias personas en desarrollo de los procesos misionales y de apoyo; además pueden converger varias acciones y omisiones en la producción de un daño patrimonial al Estado, La Sección ha destacado la relación existente entre el conteo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento en que el mismo se configura, a partir de la ocurrencia del daño (“fecha en que se causó el daño”) La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como, por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños. En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios

Al respecto, el Consejo de Estado precisa:

En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero tipo de daño, vale la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que éste ocurre, como por ejemplo cuando estaban presentes en la muerte de su ser querido; pero también puede acontecer, que ellas se den cuenta de éste, luego de transcurrido algún tiempo, como cuando los familiares encuentran muerto a su ser querido, luego de una larga agonía en que se pensaba que éste estaba tan solo desaparecido; en esta segunda hipótesis, resultaría impropio contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (la muerte en el ejemplo traído), toda vez que las víctimas no sabían de ello, y más bien, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, debe hacerse desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo.

En lo que respecta, al (2) daño la doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas. Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo; en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo¹⁷⁴.

A su turno, señala la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República lo siguiente:

que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce...” En consonancia con lo anterior, la Sala ha estimado que el conteo del término de caducidad en la acción de reparación directa debiéndose en consideración a si el hecho generador del daño produce efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables o, por el contrario, dichos efectos son mediatos, prolongados en el tiempo, posición a la que acudió el recurrente como apoyo de su argumentación. Respecto a los hechos que generan efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables - aquellos cuyas consecuencias se vislumbran al instante, con rapidez y dejan secuelas permanentes-, la contabilización del término de caducidad de la acción se inicia desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, al tenor del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Expediente: 19001-23-31-000-1997-08009- 01(20316). C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia 18 de octubre de 2007. Expediente 25000-23-27000-2001-00029-01. C.P.: Enrique Gil Botero.

Lo anterior significa que no todo hecho generador de daño es de ejecución instantánea, es decir cuando su consumación se produce de una sola vez y la caducidad se cuenta a partir de su realización, porque el daño se presenta concomitantemente con la realización del hecho generador.

En un escenario de unificación de concepto sobre los alcances del artículo 9° de la Ley 610 de 2000 no puede existir ningún equívoco sobre la tipología de hechos generadores que allí se mencionan, para definir en cada caso sí el origen del daño proviene de hechos o actos instantáneos; de hechos de carácter complejo; de hechos de tracto sucesivo; o de hechos de carácter permanente o continuado: Todo lo cual para determinar el inicio del término de caducidad.

No puede entonces desconocerse la literalidad del legislador en este caso, al contemplar cuatro modalidades de hecho generador, a partir de cuyo agotamiento o consolidación, se toma el plazo de caducidad.

Se concluye entonces, que el daño patrimonial al Estado o la lesión al patrimonio público es diferente del hecho generador del daño fiscal, lo cual no hace nugatoria la labor de la CGR, por cuanto la norma distingue claramente los hechos instantáneos de los "complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, eventos en los que la caducidad ha de contabilizarse desde el "último hecho o acto"¹⁷⁵.

En tal sentido, queda claro que el término de caducidad frente a los hechos generadores del daño patrimonial de ejecución instantánea iniciará desde del momento de su materialización y con respecto a los de ejecución instantánea, se entiende que el término se contará desde el último evento que constituyó el presunto daño patrimonial.

Ahora, la Contraloría General de la República, en concepto No. 2017IE0055329 de 11 de julio de 2017, manifestó que:

Cabe precisar que para los actos de tracto sucesivo, la propia norma, ha determinado que se debe tener en cuenta el hecho generador del daño al patrimonio público. Allí entonces es importante deslindar el hecho que ocasiona el daño, del daño propiamente dicho. Lo que cuestiona la ley de responsabilidad fiscal es el hecho generador del daño al patrimonio público, la fuente del daño como objeto de la responsabilidad, una concepción causalista que examina las condiciones en que aparecen los hechos antes que el daño en su dimensión formal. En este orden, para determinar la caducidad de la acción fiscal debe

¹⁷⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto 2015IE0118887 del 17 de diciembre de 2015

tenerse en cuenta el hecho que da origen al daño. Es necesario precisar que en materia del análisis del término de caducidad es muy importante el examen pormenorizado de cada situación en concreto.

En este orden, no es procedente definir el término de caducidad de la acción fiscal a partir de la fecha de la liquidación del contrato o si dicho plazo quinquenal se debe contabilizar con el recibo a satisfacción del objeto contratado, pues como lo establece el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público no se ha abierto el proceso de responsabilidad fiscal y en consecuencia es éste, (el hecho generador del daño) el que determina el inicio del proceso de responsabilidad fiscal.

En consecuencia, corresponde al operador jurídico, con base en los elementos de juicio obrantes en el respectivo expediente del proceso de responsabilidad fiscal, la determinación o no, de la ocurrencia de la figura de la caducidad.

Es decir, que no existe una regla única que permita aplicar el término de la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal tratándose, específicamente, de los hechos de tracto sucesivo o permanente o continuado, correspondiéndole entonces al ente de control fiscal identificar en el acto u operación administrativa, el último hecho generador del detrimento patrimonial para poder fijar el inicio de término de caducidad. Razón por la cual, siempre deberá acudir al caso en concreto y observar con rigurosidad sus particularidades para poder definir cuando se materializó el daño y, a partir de allí, poder iniciar el conteo de los términos para determinar la caducidad o no de la acción.

Por último, con respecto a la prescripción del proceso de responsabilidad fiscal, su término es de cinco (5) años y corre a partir de la fecha que se expide el acto administrativo que CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. OFICINA JURÍDICA. Concepto No. 2015IE0118887 del 17 de diciembre de 2015. declara abierto el proceso (auto de apertura o auto de apertura e imputación dependiendo el procedimiento que elija la contraloría para adelantar la acción) y el ente de control fiscal no ha proferido decisión de fondo en firme que declare la responsabilidad fiscal.

GÓMEZ LEE, señala que ésta debe ser alegada únicamente por el sujeto pasivo de la acción¹⁷⁶ (el presunto responsable fiscal y el tercero civilmente responsable), durante el trámite del proceso y antes de que el fallo quede ejecutoriado; no obstante, según la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República mediante concepto No. 20061E37734 del 31 de octubre de 2006 indicó que “considera como un imperativo legal el deber de declarar de oficio la prescripción, la aplicación por remisión de normas del procedimiento civil, penal y contencioso administrativo y por el principio de economía”¹⁷⁷, argumento que no comparte el tratadista, al señalar que la prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por la Contraloría.

En conclusión, la caducidad y la prescripción en el contexto de la responsabilidad fiscal son herramientas esenciales para la estabilidad jurídica y la protección de los intereses de las partes involucradas. Sin embargo, su aplicación e interpretación plantean desafíos y puntos de controversia que requieren una atención cuidadosa por parte de los operadores jurídicos, particularmente, desde la perspectiva del contrato de seguro y cómo estas limitaciones temporales pueden afectar, como lo desarrollaremos más adelante, en la capacidad de las aseguradoras para cumplir con sus obligaciones en caso de una reclamación a instancia de la acción de responsabilidad fiscal, en la medida que los términos enunciados no los tienen en cuentas las compañías de seguros al momento de asumir los riesgos en favor del Estado y tasar el valor de la primera.

2.2.4.3. Clases de proceso de responsabilidad fiscal:

El procedimiento para adelantar la acción de responsabilidad fiscal en Colombia se encuentra regulado en las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. La primera regula el trámite ordinario, mientras que la segunda, regula específicamente el trámite verbal e incorpora asuntos no regulados por la Ley 610 de 2000. GÓMEZ LEE, señala que “el

¹⁷⁶ GOMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.S., 2014, p. 385.

¹⁷⁷ Ibid., p. 386.

proceso de responsabilidad fiscal es uno solo. Puesto que, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, no se incorpora un proceso sino un nuevo procedimiento razón por la cual actualmente existen dos vías procesales para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, de carácter declarativo, y que se encuentra definido en la Ley 610 de 2000¹⁷⁸.

Dicho lo anterior, en los procesos de responsabilidad fiscal desde su inicio, mediante el auto de apertura, se debe establecer si existen hechos u omisiones que sean constitutivos de daño fiscal, con fundamento en la definición que establece el artículo 6 de la Ley 610 de 2000; así las cosas si del análisis integral del acervo probatorio recaudable durante la investigación preliminar, se determina la inexistencia de los elementos que conforman la responsabilidad fiscal, o la ocurrencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 47¹⁷⁹ de la ley en cita, la decisión que debe tomarse es la de archivar el respectivo proceso.

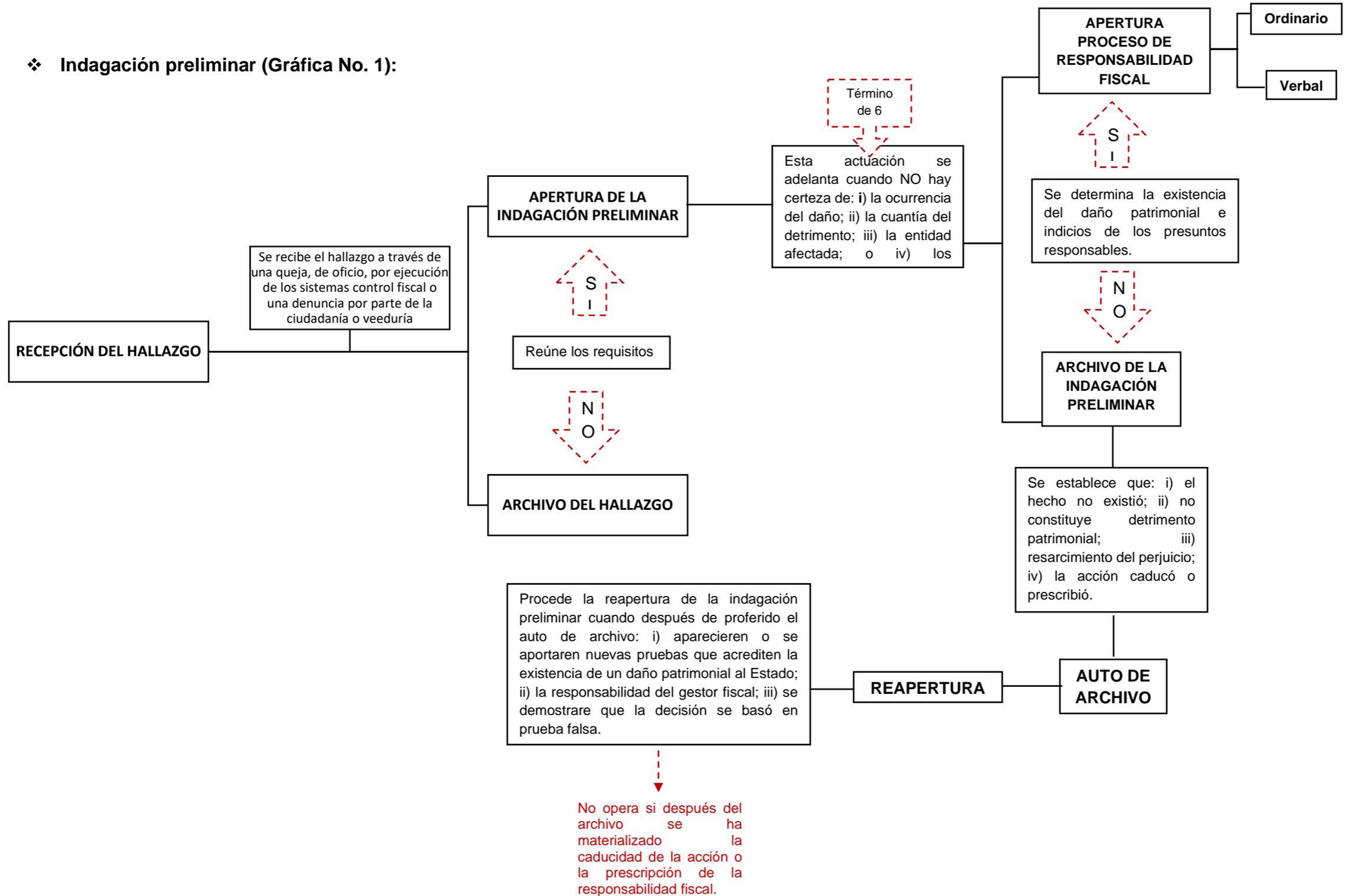
La definición jurídica anterior permite concluir que para adelantar un proceso de responsabilidad fiscal debe contarse con todos los elementos que configuran la estructura legal mencionada en líneas anteriores (daño, conducta dolosa o culposa grave y nexo causal); de lo contrario, si no están claramente definidas no es dable continuar con el trámite procesal y, en consecuencia, el operador jurídico deberá cesar la acción fiscal (si el caso está en etapa de apertura) o fallar sin responsabilidad fiscal (si el caso ha superado la etapa de imputación).

A continuación, procederemos a ilustrar las etapas procesales que se surten en la acción ordinaria y verbal de responsabilidad fiscal, no sin antes hacer referencia a la etapa preliminar que determina o no la apertura de la acción fiscal:

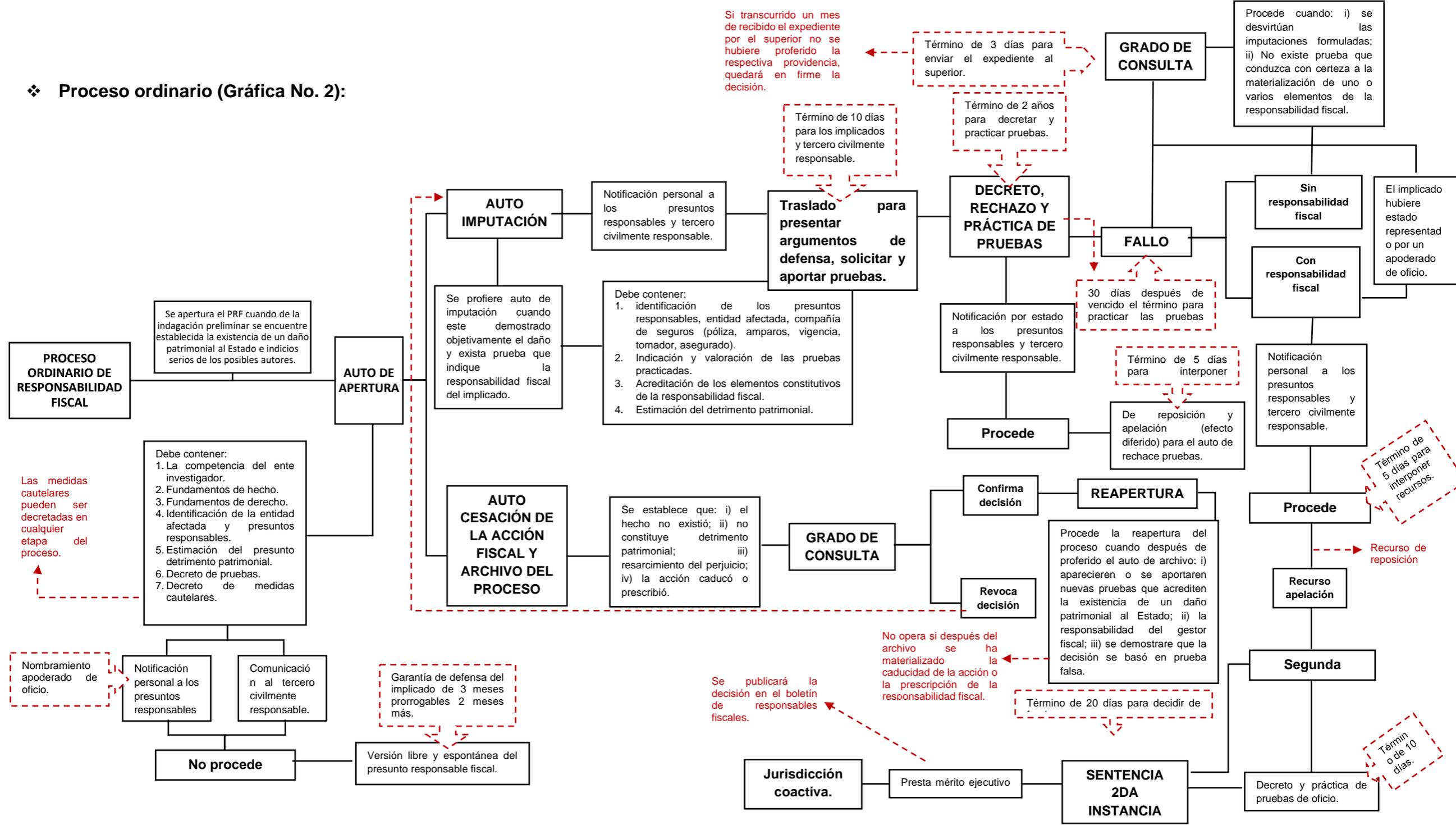
¹⁷⁸ Ibid., p. 300.

¹⁷⁹ LEY 610 DE 2000. Diario Oficial No. 44.133 del 15 de agosto de 2000. Artículo 47: Auto de archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

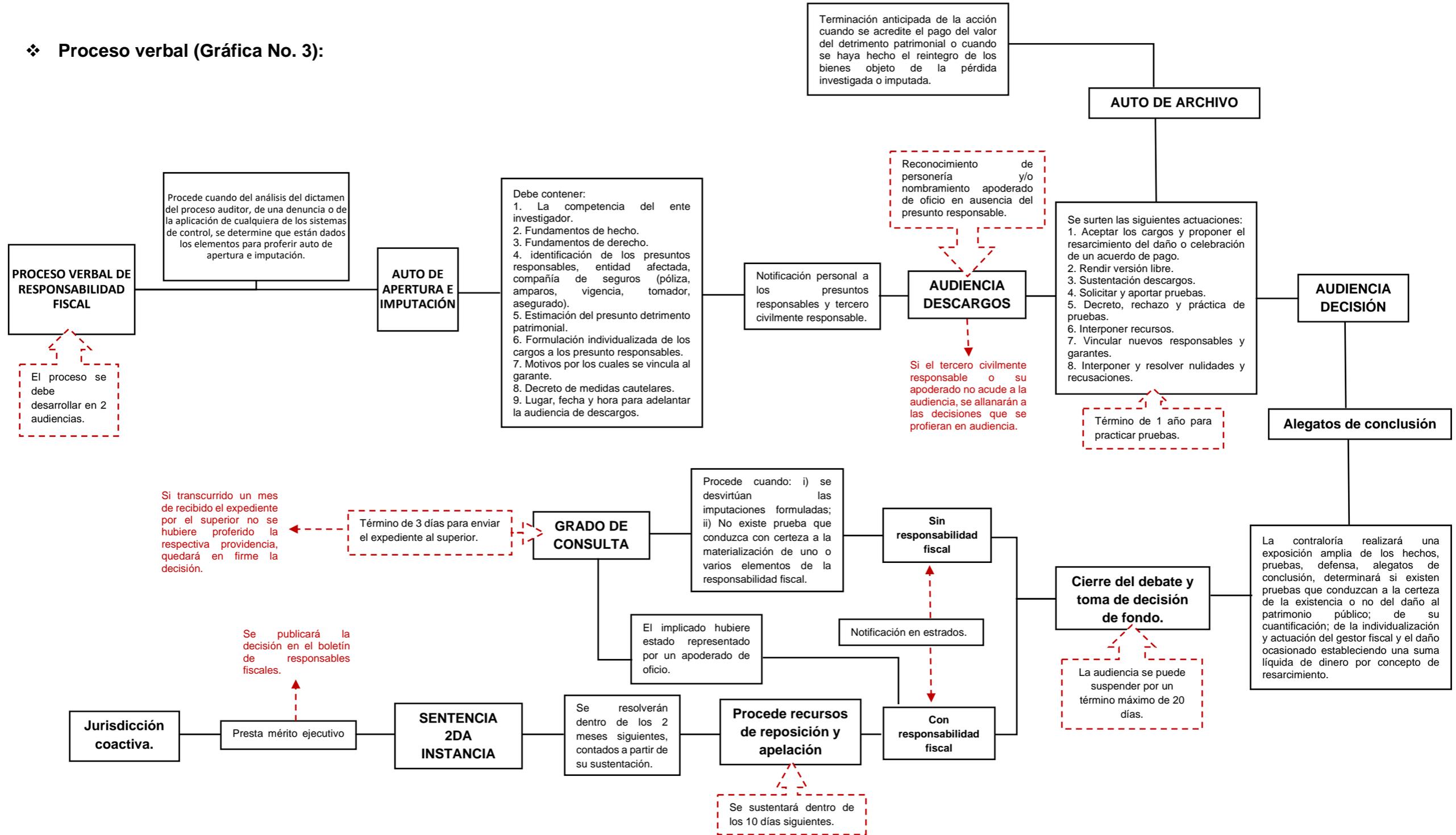
❖ Indagación preliminar (Gráfica No. 1):



❖ **Proceso ordinario (Gráfica No. 2):**



❖ **Proceso verbal (Gráfica No. 3):**



2.3. Vinculación de las aseguradoras como terceros civilmente responsables al proceso de responsabilidad fiscal:

La intervención de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal se instituye, principalmente, como una garantía que tienen las Contralorías para perseguir efectivamente el resarcimiento del detrimento patrimonial al Estado, en atención a la eventual insolvencia patrimonial de los responsables fiscales o a la calidad de garantes que estos tienen en virtud de los contratos de seguro celebrados. Pero, como lo mencionamos en el capítulo anterior, la vinculación de estos entes corporativos a este tipo de acción administrativa ha generado una línea de debates entre el sector asegurador, las contralorías y el órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo en lo que tiene que ver con la afectación de múltiples vigencias de la póliza vinculada, que ha alterado la noción de siniestro; desconocimiento del riesgo asegurado; los pactos de coaseguro y uno de los más controvertidos ha sido la aplicación del término de prescripción de la acción de reclamación que deriva del contrato de seguro a instancia de la acción fiscal.

Lo anterior, dado que el legislador no reguló de forma expresa cómo debe operar su vinculación al proceso. Es por ello, que en las siguientes líneas se estudiarán las particularidades que enmarcan la participación de las aseguradoras en la acción fiscal y el rol que desempeñan dentro de ésta.

2.3.1. Aspectos generales:

El legislador reconociendo la importancia de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal y las acciones que derivan de los mismos (proceso coactivo que se surte ante el mismo órgano de control fiscal y la acción de nulidad y restablecimiento de derecho de conocimiento del órgano jurisdiccional), contempló dentro del articulado que regula el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, norma expresa que ordena la participación de las aseguradoras dentro del proceso, es por esto que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 dispuso -de carácter obligatorio- su vinculación cuando éstas a través de un contrato de seguro asuman riesgos¹⁸⁰ que: i) impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus empleados oficiales o públicos en el ejercicio de los cargos amparados, por actos

¹⁸⁰ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros. En: Revista RIS. Volumen 40. No. 23 (enero-junio 2014), pp. 186-193.

que se tipifiquen como delitos contra la administración pública; ii) los detrimentos patrimoniales causados como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, adoptadas y/o ejecutadas o no ejecutadas, por los servidores públicos; y iii) el incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones establecidas en del contrato estatal de conformidad con lo normado en el Estatuto de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015.

En ese punto, la Ley 610 de 2000 dispone las siguientes condiciones para proceder con la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal:

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. (Resaltado nuestro).

A su vez, el artículo 48 *ibid.*, indica:

Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. 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.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado. (Resaltado nuestro).

Por su parte, el artículo 98 de Ley 1474 de 2011, con relación a los requisitos para proferir auto de apertura e imputación establece:

Artículo 98. Etapas del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso verbal comprende las siguientes etapas:

a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante (...). (Resaltado nuestro).

Estos requisitos se establecieron con el fin de garantizar el derecho de defensa de las compañías de seguros dentro de los procesos ya que no es suficiente mencionar el número de identificación de la póliza, el valor asegurado, y su vigencia para que opere de forma automática la vinculación del seguro a la acción fiscal, por cuanto esta, en su condición de tercero, tiene sometidas sus obligaciones según las condiciones, alcance, riesgos asumidos y obligaciones incorporadas al contrato de seguro (como garante). Por tanto, le corresponde al operador jurídico analizar si el detrimento patrimonial investigado deviene como siniestro, esto es, si corresponde o no con las coberturas o riesgos del contrato de seguro, y si los hechos ocurrieron en vigencia de éste y si se ejerció oportunamente las acciones contractuales para el cobro del seguro.

Es así como la Contraloría General de la República a través de la Circular Reglamentaría No. 005 del 16 de marzo de 2020, ordena a todos a los entes de control fiscal que previo al llamamiento del garante al proceso, se verifique con claridad si las pólizas de seguro que se suscribieron a favor de la entidad estatal afectada del presunto detrimento patrimonial **cubren los hechos objeto de investigación, si los mismos ocurrieron dentro de las vigencias pactadas o si los presuntos responsables se encuentran asegurados por las pólizas**, pues se trata de garantes, no de responsables fiscales como tal¹⁸¹.

¹⁸¹La Circular Reglamentaría No. 005 del 16 de marzo de 2020, expedida por la Contraloría General de la República, señala entre otros aspectos los siguientes: “• Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubiertos por las pólizas de seguros que potencialmente se afectarán y a partir de allí, analizar las condiciones generales y particulares del contrato de seguros, la base o modalidad (ocurrencia, descubrimiento, reclamación o "claims Made", etc.) de la cobertura del seguro que se pretende afectar y las demás condiciones del contrato, con miras a determinar tempranamente y con absoluta claridad cuál es la póliza llamada a responder (en virtud a la vigencia, el ramo de seguros, etc.). • Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada [...]”.

Sobre el particular, se debe indicar que la aseguradora no responde propiamente por los actos de los funcionarios o de los particulares que administran recursos públicos; **la fuente de la obligación de la compañía de seguros proviene del contrato de seguro y no de la conducta impropia del responsable.** Esto significa que la compañía de seguros no participa en el proceso en calidad de gestor fiscal, sino en calidad de tercero civilmente responsable, por lo que se analiza estrictamente su responsabilidad de índole contractual.

Sobre el particular, DIAZ-GRANADOS ORTIZ,¹⁸² señala que la obligación de las aseguradoras dentro de la acción fiscal no nace de la ley que regula la materia, **sino de aquellas que regulan el derecho de seguros** y, por ende, su obligación se debe delimitar a las condiciones que las partes pacten en el contrato de seguro, como consecuencia de lo anterior, la aseguradora no es responsable fiscal, el fallo que eventualmente pueda ser proferido en su contra es a título de garante.

A su vez menciona el tratadista que la aseguradora no es deudor solidario “debido a que la obligación de la compañía de seguros es diferente de la que corresponde al gestor fiscal. La solidaridad se refiere a una sola obligación con dos o más deudores, cada uno de los cuales responde por el todo; reitero que la obligación de la aseguradora tiene su fuente en el contrato de seguro”¹⁸³; de ahí que, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que reguló la solidaridad en la responsabilidad fiscal no puede ser aplicable al tercero civilmente responsable^{184 185}. Por último, indica que, con respecto de la vinculación de las compañías aseguradoras a las acciones de carácter fiscal, su vinculación se hace a título de tercero civilmente responsable y no como responsable fiscal¹⁸⁶.

¹⁸² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ. Op. cit., p. 184.

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ LEY 1474 DE 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Artículo 119: Solidaridad. “En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.”

¹⁸⁵ La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República opina de la misma manera, al sustentar en Concepto No. EE17323 del 1 de abril de 2005 los siguiente: “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”.

¹⁸⁶ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros. En: Revista RIS. Volumen 40. No. 23 (enero-junio 2014), pp. 184.

Postura que fue acogida por el Honorable Consejo de Estado, al señalar de forma reiterada, que la vinculación del tercero civilmente responsable es a título de responsabilidad civil y no fiscal como consecuencia del contrato de seguro celebrado: “El llamamiento de la aseguradora se efectúa a título civil y con sujeción al contrato de seguro, la normativa referente a la responsabilidad fiscal no le resulta aplicable”¹⁸⁷ y “La jurisprudencia de esta Sección ha dejado sentado que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal lo es a título de responsabilidad civil más no fiscal”¹⁸⁸.

Es más, el alto tribunal aclara que si la finalidad de la vinculación de las aseguradoras a la acción fiscal es la de garantizar el resarcimiento efectivo del daño a cargo del investigado fiscal, para poder hacer efectiva la póliza en esta instancia administrativa, la Contraloría pasa a tomar el puesto de la entidad pública tomadora, asegurada y/o beneficiaria del seguro, al mencionar: “la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza al reemplazar la entidad tomadora y aseguradora por no haber hecho efectiva la póliza.”¹⁸⁹.

Por su parte, la Contraloría General de la República mediante Circular Reglamentaria No. 005 del 16 de marzo de 2020¹⁹⁰, establece los aspectos que deben tener en cuenta los operadores jurídicos al momento de vincular a las compañías de seguros como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, ratificando que su responsabilidad dentro del proceso será de carácter civil y no fiscal.

Así las cosas, se evidencia que la vinculación del tercero civilmente responsable al ser a título de responsabilidad civil, le resulta aplicable la legislación que la regula, es decir, la normatividad de carácter mercantil.

¹⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Expediente No. 25000-23-24-000-2006-00428-01. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁸⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Expediente No. 05001-23-31-000-2004-01667-01. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

¹⁸⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de agosto de 2013. Expediente No. 50001-23-31-000-2003-00085-02. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁹⁰ Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.

2.3.2. Contratos de seguros con incidencia fiscal:

Dentro de las normas que regulan el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en Colombia, el legislador determinó que las entidades estatales están facultadas para celebrar contratos de seguros, con el objetivo de salvaguardar el manejo de los fondos públicos conferidos a sus funcionarios o a los particulares contra hechos futuros e inciertos que puedan ocasionarle un perjuicio o detrimento patrimonial al Estado. Al respecto, señala GALINDO VACHA: “las entidades públicas acuden, como ya se dijo, directa o indirectamente a la institución del contrato de seguro para indemnizar las consecuencias negativas patrimoniales derivadas del ejercicio de sus labores o de las circunstancias del entorno”¹⁹¹.

En ese sentido, los seguros que amparan los riesgos antes mencionados y que inciden directamente con la vinculación del asegurador al proceso fiscal son los denominados *seguros de daños* que aseguran principalmente: i) los bienes públicos muebles o inmuebles; ii) el patrimonio del Estado; y iii) el patrimonio del responsable fiscal (servidor público o particular).

Por lo anterior, ponemos en conocimiento del lector las pólizas de seguro que comúnmente pueden ser vinculadas y afectadas por las contralorías dentro de los procesos de responsabilidad fiscal:

- ❖ **El seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales (Garantía única de cumplimiento):** esta clase de seguro garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales y postcontractuales del contratista, nacidas en virtud del contrato estatal.

- ❖ **El seguro de manejo: amparar los riesgos:** inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado a cargo de personal que tengan esta responsabilidad¹⁹².

¹⁹¹ GALINDO VACHA, Juan Carlos. Análisis jurídico de la problemática relativa a la vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal. La guía para la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal. Bogotá, D.C.: Auditoría General de la Nación, 2010, p. 44.

¹⁹² DECRETO LEY 663 DE 1993. Artículo 203.

- ❖ **El seguro de responsabilidad civil para servidores públicos:** tiene como finalidad resguardar el patrimonio del asegurado, así como el de la entidad pública y de los funcionarios, generalmente especificados por sus cargos en el contrato, contra posibles consecuencias patrimoniales onerosas que puedan surgir como resultado de comportamientos u omisiones de carácter culposo llevados a cabo por los servidores o funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Estos actos pueden comprometer la responsabilidad de la entidad estatal o afectarla directamente¹⁹³.

- ❖ **Responsabilidad de directores y administradores:** constituye un contrato de seguro de naturaleza patrimonial, destinado a preservar el patrimonio del asegurado, quien, en este caso, ostenta la calidad de director, gerente o administrador de una sociedad o empresa de economía mixta. Su finalidad es amparar al asegurado contra posibles repercusiones derivadas de acciones u omisiones culposas que pueda incurrir en el ejercicio de sus funciones de alto rango en la compañía, las cuales puedan dar lugar a su responsabilidad civil¹⁹⁴.

2.3.3. Declaratoria de responsabilidad a cargo del asegurador:

Si bien, las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 señalan los requisitos que deben tener en cuenta las contralorías para proceder con la vinculación de las aseguradoras a la acción de responsabilidad fiscal, también lo es, que el legislador no delimitó la participación y/o condiciones en las que iba a configurarse la obligación condicional del asegurador¹⁹⁵ si dentro del proceso se llega a fallar con responsabilidad fiscal pues, la mera vinculación de la póliza de seguro al proceso no significa per sé la afectación automática del seguro.

Es por ello que la Corte Constitucional intervino para esclarecer dicha incertidumbre, señalando lo siguiente: “la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las

¹⁹³ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. pp. 91-93.

¹⁹⁴ SIGNORINO BARBAT, Andrea. Los Seguros de Responsabilidad Civil de directores y gerentes: la utilidad que brinda su cobertura. [en línea] En: RIS. No. 39 (julio-diciembre 2013), p. 15.

¹⁹⁵ Es la obligación que adquiere la aseguradora en caso de realización de un riesgo, siempre y cuando los hechos hayan sido futuros e inciertos el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta la condición de ocurrencia del siniestro. Véase: artículos 1045, 1072 y 1080 del Código de Comercio.

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”¹⁹⁶.

Conforme a lo manifestado por la Corte Constitucional se puede afirmar que las aseguradoras pueden responder civilmente dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) que exista una responsabilidad fiscal declarada por la contraloría en contra de un funcionario público o particular que se encuentre asegurado por un contrato seguro; ii) que los hechos materia de investigación hayan ocurrido dentro de la vigencia pactada en la póliza; iii) que la cobertura contratada en el seguro ampare el hecho generador del daño; y iv) que el valor del detrimento patrimonial no sea inferior al valor del deducible pactado en la póliza.

Al respecto GÓMEZ LEE, señala que la responsabilidad del asegurador a instancia del proceso de responsabilidad fiscal se configura siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Un contrato de seguro que ampare al presunto responsable, o al bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, le impone a la contraloría que conozca el asunto la obligación de vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la compañía aseguradora respectiva (...).
- b) Presencia de los elementos de la responsabilidad fiscal (...).
- c) Que la compañía de seguros no hubiere cancelado el valor de la indemnización derivada del siniestro a la entidad pública.
- d) Que se ordene la vinculación de la compañía de seguros y se otorguen todas la garantías procesales y debido proceso, y que dentro de estas no opere el fenómeno de la prescripción¹⁹⁷.

De ahí que, uno de los requisitos principales para que resulte procedente la declaratoria de responsabilidad civil del asegurador, es que el daño investigado se encuentre cubierto por la póliza vinculado y que éste se haya materializado dentro de la cobertura pactada.

Aunado a lo expuesto, el valor (como detrimento patrimonial) que fije la contraloría en el fallo con responsabilidad fiscal y que se encuentre a cargo del garante, no puede ser

¹⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002. Expediente D-3918. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁹⁷ GOMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos. Marcos normativos y preventivos. El proceso de responsabilidad fiscal y sus procedimientos. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.S., 2014, pp. 337-338.

superior al valor asegurado¹⁹⁸ pactado en la póliza y a su vez deberá tener en cuenta los deducibles¹⁹⁹ fijados, esto teniendo en cuenta que el ente de control fiscal está sujeto a las condiciones y obligaciones estipuladas en el contrato de seguro.

2.3.4. Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal:

Sobre el término de prescripción es claro que la Ley 610 de 2000, prevé normas relativas a la prescripción de la acción fiscal, por lo que los expertos en el tema precisan que dichas normas no son aplicables al contrato de seguro, toda vez que la responsabilidad de la compañía de seguros no es de naturaleza fiscal ni administrativa, **sino que proviene de una relación de carácter contractual y de naturaleza comercial (contrato de seguro).**

Por lo anterior, el legislador a través del artículo 120 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) introduce una nueva disposición con relación a la prescripción de la acción que nace del contrato de seguro cuando éste es vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, que reza: “las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9o de la Ley 610 de 2000”.

Y, recordemos que el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 dispone:

Artículo 9. Caducidad y prescripción. 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 la del 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 [...].

¹⁹⁸ DECRETO 410 DE 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Artículo 1079: Responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada. 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.

¹⁹⁹ Ibid., artículo 1103: Deducible. Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.

Esto significaría que -de forma excepcional- la acción de reclamación del seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal prescribirá en el término de cinco años, que empezaran a contabilizarse desde el momento en el que la contraloría profiere auto que declara abierto el proceso de responsabilidad fiscal, sin dejar de lado que la Contraloría es un beneficiario del seguro, por lo que la acción del contrato de seguro puede haber prescrito ANTES de que estos entes de control, siquiera, hayan abierto el proceso de responsabilidad fiscal.

No puede perderse de vista, que el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 podría, en todo caso, llegar a contradecir, lo estipulado en el artículo 1081 del Código de Comercio, norma que regula el contrato de seguro en Colombia, así como el hecho ya referido, en el sentido de que la responsabilidad contractual del asegurador es distinta de la de orden fiscal:

Artículo 1081. Prescripción de acciones. 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.

Nótese, que a pesar de que se quiso con el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, aclarar el término prescriptivo de la acción para la reclamación del seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal, el enfrentamiento normativo se sigue manteniendo, como lo veremos a continuación.

2.4. Discusiones frente a la aplicación del término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal:

La incorporación de los contratos de seguros a las acciones de carácter fiscal han sido objeto de numerosas críticas e interpretaciones, particularmente, cuando los operadores

jurídicos de las contralorías pretenden establecer y/o aplicar el término de prescripción de la acción de reclamación que deriva del contrato de seguro.

En un principio, la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, dispuso que el artículo 1081 del Código de Comercio (como norma especial que regula el Derecho de Seguros) no le era aplicable al seguro a instancia de del proceso de responsabilidad fiscal por cuanto esta acción está sujeta a una normatividad también especial, que se encuentra contenida en la Ley 610 de 2000²⁰⁰ y, por lo tanto, se debe tener en cuenta para todos los efectos, el término de cinco años, plazo que fijó el legislador para la prescripción propia de la acción de responsabilidad fiscal²⁰¹. Por el contrario, desde la expedición de la Ley 610 de 2000, las aseguradoras han argumentado que el mencionado término le es aplicable exclusivamente a la acción fiscal, ya que el artículo 9 de esta ley hace referencia solo a esa acción, excluyendo así la acción de reclamación derivada del contrato de seguro, por tanto, al vincular a la aseguradora como tercero civilmente responsable, el ente de control fiscal sin pretender hacer efectiva la póliza de seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal debe tener el término prescriptivo de la reclamación de dos (2) años, conforme lo estipula la norma mercantil.

Ante los constantes debates entre las contralorías y las aseguradoras, este asunto ha sido estudiado en demandas de nulidad y establecimiento del derecho por parte del Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera respecto del cual resaltó que la responsabilidad de la compañía de seguros no es de naturaleza fiscal, sino que proviene de una relación contractual, razón por la cual, consideró que la prescripción del contrato seguro dentro de la acción administrativa se debe regir por el artículo 1081 del Código de Comercio, esto:

Por no tratarse, entonces, de vinculación por responsabilidad civil, ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguro es aplicable la prescripción del art 1081 del código de comercio, y no el término de caducidad previsto en el art. 9 de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el art 66 numeral 3 del CCA , para vincular al garante como civilmente responsable²⁰².

²⁰⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Circular No. 82113- 001199 del 19 de junio de 2002.

²⁰¹ LEY 610 DE 2000. Diario Oficial No. 44.133 del 15 de agosto de 2000. Artículo 9: Caducidad y prescripción. [...] 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.

²⁰² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Expediente No. 25000-23-24-000-2004-00529-01. C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

Adicionalmente, expuso:

[...] Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y específicos [...] por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C. Co y no el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000 [...] ²⁰³.

De los extractos transcritos, se entendería, que es el precepto normativo contenido en el artículo 1081 del Estatuto Mercantil, el que debe aplicarse a favor de la compañías de seguros vinculadas a los procesos de responsabilidad fiscal en calidad de terceros civilmente responsables y además, el ente de control debe aplicar el término de prescripción ordinario de dos (2) años contados a partir de cuándo se tenga o deba tener conocimiento de los hechos materia de la reclamación y haberse proferido fallo emanado por la mencionada corporación dentro de este término. Sin embargo, estas decisiones judiciales no han sido acogidas por la Contraloría General de la República.

Al respecto, DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, quien acoge los argumentos del Consejo de Estado Sección Primera, al indica que, la Ley 610 de 2000 prevé normas relativas a la caducidad y a la prescripción de la acción fiscal y dichas normas no se pueden aplicar en relación con el contrato de seguro, ya que la responsabilidad de la compañía de seguros no es de naturaleza fiscal, **sino que proviene del contrato en mención** ²⁰⁴.

Posteriormente, el legislador pretendió ponerle fin a esta discusión implementando a través de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción) primero, la oralidad en el proceso de responsabilidad fiscal y segundo, el más importante, amplió el término de prescripción de la acción en el contrato de seguro a cinco (5) años, en remisión al artículo 9 de la Ley 610

²⁰³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de junio de 2010. Expediente No. 68001-23-15-000-2004-00654-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

²⁰⁴ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros. En: Revista Iberoamericana de Seguros. No. 40. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá-Colombia. 2014, p. 182.

de 2000²⁰⁵, término que solo sería aplicable cuando las aseguradoras sean vinculadas a la acción de responsabilidad fiscal.

Norma que agravó aún más la discusión, ya que el sector asegurador y reasegurador se opone a esta nueva directriz; se reafirma la postura de la Contraloría General de la República al indicar que, el legislador ha dejado, sin piso jurídico los pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, sobre la prescripción de los dos (2) años para las aseguradoras, entendiéndose que el artículo 1081 del Código de Comercio únicamente establece la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, y la acción de responsabilidad fiscal no se deriva de éste, indicando que:

En materia del contrato de seguros, el garante se vincula al proceso de responsabilidad fiscal, en los términos del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 y ha sido el querer del legislador que en materia de los contratos de seguros que amparan los riesgos que son objeto de proceso de responsabilidad fiscal se aplique el término de prescripción de que trata el inciso segundo del artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

En este sentido se expidió el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 que estableció que las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad al garante en calidad de terceros civilmente responsable prescribieran en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

Nótese que la nueva disposición hace una remisión al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, teniendo en cuenta que las compañías aseguradoras consideraron que el término de prescripción aplicable era el establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio y el mismo Consejo de Estado Así lo indicó.

Por esta razón, el legislador quiso aclarar esta situación en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. En las voces del artículo 25 del Código de Comercio, es facultad del legislador aclarar la disposición que no haya ofrecido suficiente claridad [...]

Ahora bien, entendemos que la intención del legislador al expedir el artículo 120 del Estatuto anticorrupción fue zanjar la discusión presentada en torno al término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, luego con la expedición del artículo 120 ya citado, no existe duda sobre el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, pues se hace una remisión expresa al artículo 9 de la Ley 610 de 2000²⁰⁶.

²⁰⁵ LEY 1474 DE 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011. Artículo 120: Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable prescribieran en los plazos previstos en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000.

²⁰⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. 2011EE87065 del 11 de noviembre de 2011.

Sin embargo, expedida la nueva normativa, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, deja incólume su postura frente la mencionada controversia, pues en pronunciamientos posteriores a la expedición del Estatuto Anticorrupción, ha señalado²⁰⁷ que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que actúa como referencia legal para establecer si el organismo de control fiscal hizo uso adecuado y oportuno del derecho establecido en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000. Este derecho permite involucrar a la empresa aseguradora como tercero con responsabilidad civil en el procedimiento de responsabilidad fiscal. En consecuencia, no es apropiado recurrir al artículo 9 de la misma ley para determinar plazos de prescripción en beneficio del garante; esto se debe a que su intervención en el procedimiento tiene un carácter civil. Así, las reglas que le son pertinentes se encuentran **en las disposiciones de derecho comercial que regulan el contrato de seguro correspondiente, y no en las de responsabilidad fiscal**, resaltando, que su nuevamente que su involucramiento en el proceso no se da en virtud de esta última condición.

Al respecto, el Alto Tribunal sostuvo que:

[...] De acuerdo con las anteriores consideraciones, no cabe duda alguno (sic) en cuanto a que el término de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C.Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon.

[...]

Procede a continuación determinar los siguientes aspectos: i) si los hechos generadores de la responsabilidad fiscal y por tanto constitutivos del siniestro materia de amparo, acaecieron dentro de la vigencia de la póliza y ii) si el acto mediante el cual se declaró la responsabilidad civil de la aseguradora, se profirió dentro del término de los dos años del artículo 1081 del C.Co., contados a partir del momento en que la Contraloría haya tenido o tuvo conocimiento del hecho que dio fundamento a la acción, tal y como así lo establece la disposición legal citada, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...]

Según lo reseñado en precedencia, el término de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del C.Co. para que opere la prescripción ordinaria, empezó a correr para la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos

²⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 20 de noviembre de 2014. Expediente No. 2500023-24-000-2006-00428-01. C.P: Marco Antonio Velilla Moreno.

investigados, que en el presente caso aconteció el 19 de julio de 2000 cuando se abrió formalmente la investigación fiscal en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A. por lo que los dos años corrieron desde dicha fecha hasta el 19 de julio de 2002.

En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de 2004, resulta evidente que se expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo.

Como quiera que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsables afectando la póliza 396028, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción [...]²⁰⁸.

Luego, agregó:

[...] en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción.

190. Para lo cual, se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable, toda vez que dicha vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil [...]²⁰⁹.

Bajo esta vista, la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido de forma constante que en los litigios de responsabilidad fiscal se debe aplicar el artículo 1081 del Código de Comercio en lo que respecta al plazo de prescripción de las acciones surgidas del contrato de seguro. Esto se debe a que: i) la acción fiscal no es la misma que la acción civil; y ii) la inclusión de las aseguradoras en dichos procesos de responsabilidad se efectúa como terceros con responsabilidad civil basada en las cláusulas de la póliza, y no como agentes fiscalmente responsables del daño patrimonial. Así, en este contexto, son pertinentes las reglas del derecho mercantil.

²⁰⁸ Ibid. Sentencia 10 de septiembre de 2015. Expediente No. 2500023-24-000-2005-01533-01. C.P: María Claudia Rojas Lasso.

²⁰⁹ Ibid. Sentencia 11 de octubre de 2019. Expediente No. 2500023-24-000-2007-00459-02. C.P: María Claudia Rojas Lasso.

Por consiguiente, este órgano jurisdiccional en reciente pronunciamiento concluyó que:

Esta Sección ha considerado que: i) el siniestro debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza; ii) el término de prescripción de dos años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio se cuenta, para el caso de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, desde el momento en que las contralorías hayan tenido o debido tener conocimiento de la existencia del hecho (expedición del auto de apertura a la investigación fiscal); y iv) el término se interrumpe con la firmeza del acto administrativo que ordena la efectividad de la póliza.²¹⁰

[...] en materia de procesos de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de vigencia del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ocurrencia del siniestro, determinando que el acto administrativo mediante el cual se declara la responsabilidad civil y el deber de responder económicamente, debe expedirse, notificarse y quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que el ente de control tuvo o debió tener conocimiento de la existencia del detrimento patrimonial del erario.

De otra parte, en defensa de este nuevo artículo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta²¹¹, se aparta de la postura de la Sección Primera y apadrina, de alguna manera, la procedencia de aplicar el término de prescripción regulado por el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, toda vez que dicha normativa zanjó la discusión sobre la materia, ya que dejó claro que las pólizas de seguros vinculadas a los procesos de responsabilidad fiscal prescriben según los plazos de la Ley 610 de 2000, debido a que el término del artículo 1081 del C. Co. actuaba como límite temporal para la responsabilidad civil de la aseguradora frente a las reclamaciones efectuadas a través de la acción administrativa. Sobre el particular, argumento que:

[...] La Ley 610 de 2000 en su artículo 9º contempla que el ente de control fiscal cuenta con 5 años contados desde el auto de apertura para proferir una decisión, en firme, que declare la responsabilidad fiscal del funcionario. En ese mismo acto administrativo, es donde se declara civilmente responsable a la aseguradora. Ello es así, ya que solo con la declaratoria de responsabilidad fiscal respecto del funcionario es que puede asegurarse que el riesgo amparado con la póliza se materializó.

En este orden de ideas, para la Sección no es posible aseverar que el hecho de que las aseguradoras se vinculen como terceros civilmente responsables al

²¹⁰ Ibid. Sentencia 22 de octubre de 2020. Expediente No. 2500023-41-000-2013-02417-01. C.P: Hernando Sánchez Sánchez.

²¹¹ De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado.

procedimiento de responsabilidad fiscal impone que la contraloría deba sujetarse a las normas del C. de Co. para adoptar una decisión frente a ellas, ya que esto desconocería que los términos de prescripción tienen una regulación explícita en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000. Tal y como en la actualidad lo evidenció el Estatuto Anticorrupción.

La postura jurisprudencial de la Sección Primera del Consejo de Estado se torna inane el contrato de seguro, pues en la práctica ello implicaría que la contraloría no contaría con los 5 años que le otorga la ley *ibid.*, sino que debería adoptar una decisión en el lapso de 2 años, so pena de que la póliza de seguros prescriba. Lo que es bastante poco probable que ocurra.

Este razonamiento, no solo pone en riesgo el control fiscal que en lugar de fortalecerse por la existencia de la póliza se ve, paradójicamente, debilitado, pues las contralorías, contrario al mandato de la Ley 610, deberán expedir una decisión antes de 2 años, so pena de que la garantía que se contrató, precisamente, para resarcir el daño causado, se declare “prescrita”.

En otras palabras, no tendría sentido que las entidades públicas contraten pólizas de seguros para tratar de mitigar los riesgos derivados de la declaratoria de responsabilidad fiscal, pues casi siempre la decisión se proferiría cuando aquella esté prescrita y la finalidad que tuvo al celebrar dicho negocio jurídico se desdibujaría, pues solo se lograría si el ente fiscal profiere una decisión supremamente rápida.

Si esto es así, claramente la vinculación de las aseguradoras, lejos de cumplir el papel de garantes que se les otorgó en virtud del contrato, se tornaría como un obstáculo para el ente de control fiscal que se vería compelido a adoptar decisiones en un tiempo muy corto en comparación con los procedimientos en los que no sea necesario llamar a una compañía de seguros.

Entonces ¿para qué contratar un seguro si cuando aquel se quiera hacer efectivo ya estará prescrito? ¿Vale la pena realmente que se contrate un seguro para amparar la responsabilidad fiscal de los servidores públicos derivada de manejos inadecuados? Estos cuestionamientos, evidencian que la posición jurisprudencial vigente no es sólida.

De hecho, la inconveniencia que genera la posición de la Sección Primera respecto a la vinculación de las aseguradoras fue tal que la misma ley -1474 de 2011- optó por precisar que las pólizas implicadas en un procedimiento de responsabilidad fiscal prescriben en los mismos términos del artículo 9º de la Ley 610 de 2000; luego, es evidente que ese y no otro es el termino con el que debe computarse una supuesta prescripción²¹².

Así mismo, destacó que es esencial tener en cuenta que el proceso de responsabilidad fiscal, donde se declara civilmente responsable a las aseguradoras, es de naturaleza

²¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta en Descongestión. Sentencia del 7 de junio de 2018. Expediente No. 25000-23-24-000-2009-00289-02. C.P: Alberto Yepes Berreiro.

administrativa y no judicial. Por lo tanto, la declaración de responsabilidad no está sujeta a los plazos de dicha norma, ya que no implica una "acción", sino la emisión de un acto administrativo que establece la responsabilidad tanto del agente estatal como de la aseguradora.

Por tanto, las aseguradoras como los funcionarios declarados fiscalmente responsables tienen la opción de recurrir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para impugnar estos actos. Los plazos establecidos por la normativa comercial no limitan la emisión del acto administrativo de responsabilidad civil de las aseguradoras en el contexto de un proceso de responsabilidad fiscal, ya que se trata de un acto administrativo sujeto a control judicial y no de una acción propiamente dicha.

De manera que, aceptar la postura opuesta implicaría que el contrato de seguros (documentado en la póliza de seguros) perdería su objetivo principal en el proceso de responsabilidad fiscal, que es garantizar el pronto y efectivo resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio público por el funcionario responsable de la gestión fiscal, cubierto por el contrato o bien amparado por la póliza.

En consecuencia, el Tribunal concluyó: que “sin lugar a duda, que en el sub jndice no acaeció la prescripción, toda vez que la decisión administrativa declarativa de la responsabilidad civil de la aseguradora no estaba limitada por los plazos indicados en el artículo 1081 del C. de Co., sino por lo previsto en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, puesto que la declaratoria de responsabilidad civil no es una acción propiamente dicha, sino la manifestación de la voluntad de la administración vertida en un acto administrativo”.²¹³

Esto significaría que, cuando el contrato de seguro sea parte en un proceso de responsabilidad fiscal, deberá tenerse en cuenta -para efectos de la prescripción- la establecida en la Ley 1474 de 2011 en concordancia con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, esto es de cinco (5) años, por cuanto el contrato mercantil se encontraría inmerso en una acción de carácter administrativo y no judicial.

²¹³ Ibid.

Adicionalmente, con la expedición del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 se generó incertidumbre jurídica en lo que respecta a la temporalidad en su aplicación pues, si bien, el término de los cinco (5) años establecidos por esta norma se empezaba aplicar en los casos donde la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad se realizaba con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, es decir, a partir del 12 de julio de 2011, entonces ¿Qué sucedía con la prescripción de la acción de reclamación de las pólizas que fueron expedidas y vinculadas a los procesos fiscales antes del 12 de julio de 2011?, teniendo en cuenta que la normatividad contenida en el Estatuto Anticorrupción no podría aplicarse de manera retroactiva²¹⁴.

²¹⁴ En cuanto a la retroactividad de las normas, se debe recordar que al referirnos a los efectos de la ley en el tiempo, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos (sentencias Nos. T-233 del 25 de mayo de 1195, C-329 del 28 de marzo de 2001, C-143 del 5 de diciembre de 2018 y SU-309 del 11 de julio de 2019) ha señalado que, en principio, toda disposición legal surte sus efectos atribuyendo consecuencias normativas a aquellas situaciones de hecho que cumplan dos condiciones, la primera, que sean subsumibles dentro de sus supuestos, y la segunda, que ocurran durante la vigencia de la ley. Es decir, como regla general las normas jurídicas rigen en relación con los hechos que tengan ocurrencia durante su vigencia, lo cual significa que, no se aplican a situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a la fecha en que hayan empezado a regir -no tienen efectos retroactivos-. Al margen, el Alto Tribunal Constitucional en sentencia C-402 del 1998, indico: “El principio de la irretroactividad de la ley tiene plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron. En materia de irretroactividad es fundamental la definición del art. 58 de la C.P., cuando establece que la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

Para resolver esta incógnita el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sostiene en varias de sus sentencias^{215 216 217 218}, para todos los efectos,

²¹⁵ “(...) En dicho caso, tanto el a quo como esta Corporación advirtieron sobre el transcurso del término de dos (2) años previsto en la norma transcrita para la prescripción ordinaria, la cual empezó a correr para la Contraloría General de la República a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que bien puede tenerse como tal el 13 de marzo de 2000, (fecha del auto de apertura de investigación fiscal), los dos años corrieron desde entonces hasta el 13 de marzo del 2002. Sin embargo, el fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 15 de agosto de 2002, es decir, mucho después de vencido ese término y claramente prescrita la acción derivada del contrato de seguro”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de agosto de 2013. Expediente No. 50001-23-31-000-2003-00085-02. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

²¹⁶ “[...] De lo expuesto en la sentencia en cita es claro, entonces, que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal. El mencionado artículo 1081 establece: [...] Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 *Ibidem* para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Expediente No. 250002324000-2006-00428-01. C.P: Marco Antonio Velilla Moreno.

²¹⁷ “[...] De acuerdo con las anteriores consideraciones, no cabe duda alguna (sic) en cuanto a que el término de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C.Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon. [...] Procede a continuación determinar los siguientes aspectos: i) si los hechos generadores de la responsabilidad fiscal y por tanto constitutivos del siniestro materia de amparo, acaecieron dentro de la vigencia de la póliza y ii) si el acto mediante el cual se declaró la responsabilidad civil de la aseguradora, se profirió dentro del término de los dos años del artículo 1081 del C.Co., contados a partir del momento en que la Contraloría haya tenido o tuvo conocimiento del hecho que dio fundamento a la acción, tal y como así lo establece la disposición legal citada, cuyo tenor literal es el siguiente: [...] Según lo reseñado en precedencia, el término de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del C.Co. para que opere la prescripción ordinaria, empezó a correr para la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que en el presente caso aconteció el 19 de julio de 2000 cuando se abrió formalmente la investigación fiscal en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A. por lo que los dos años corrieron desde dicha fecha hasta el 19 de julio de 2002. En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de 2004, resulta evidente que se expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo. Como quiera que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsables afectando la póliza 396028, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción [...]”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Expediente No. 25000-23-24-000-2005-01533-01. C.P: María Claudia Rojas Lasso.

²¹⁸ “[...] en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción. 190. Para lo cual, se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable, toda vez que dicha vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil [...]”. 4. En ese orden de ideas, la Sección Primera de esta Corporación ha considerado de manera sistemática que en los procesos de responsabilidad fiscal es aplicable el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con el término de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, atendiendo a que: i) la acción fiscal es diferente a la acción civil; y ii) la

se debe aplicar el término general de prescripción regulado por el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por su parte, GÓMEZ LEE, dice que: “Los contratos de seguro que se suscriban con posterioridad al 12 de julio de 2011 están sujetos al término de caducidad de la acción de cinco años y no de dos (...)”²¹⁹, se entendería, entonces, que para efectos de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro cuando es vinculado al proceso de responsabilidad fiscal, se tendría en cuenta el plazo de los dos (2) años (artículo 1081) cuando las pólizas hayan sido expedidas antes del 12 de julio de 2011, y las expedidas con posterioridad a esta fecha se tomaría como término de prescripción la de los cinco (5) años (artículo 120); solución que no ha sido del todo acogida por los Entes de Control Fiscal.

Interpretación que fue aceptada por el Consejo de Estado, Sección Primera, al señalar:

El artículo 120 de la Ley 1474 impone como criterio central para su aplicación, tal como se exige desde su contenido, el instante de la incorporación del garante al proceso de responsabilidad fiscal para que acuda, en calidad de tercero civilmente responsable, con la póliza o garantía que otorgó como respaldo del riesgo consumado y susceptible de indemnización fiscal.

vinculación de las compañías de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal, se realiza a título de tercero civilmente responsable en el marco de las condiciones de la póliza y no como gestor fiscal responsable del detrimento patrimonial, por lo que se aplican en este aspecto las normas del derecho comercial. 5. De conformidad con lo anterior, esta Sección ha considerado que: i) el siniestro debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza; ii) el término de prescripción de dos años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio se cuenta, para el caso de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, desde el momento en que las contralorías hayan tenido o debido tener conocimiento de la existencia del hecho (expedición del auto de apertura a la investigación fiscal); y iv) el término se interrumpe con la firmeza del acto administrativo que ordena la efectividad de la póliza. 6. Esta Sección ha precisado que en materia de procesos de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de vigencia del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ocurrencia del siniestro, determinando que el acto administrativo mediante el cual se declara la responsabilidad civil y el deber de responder económicamente, debe expedirse, notificarse y quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que el ente de control tuvo o debió tener conocimiento de la existencia del detrimento patrimonial del erario. 7. La Sección Quinta de esta Corporación ha considerado que el término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio no es aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, por cuanto la acción de responsabilidad fiscal no es una acción propiamente dicha, sino que es un procedimiento que tiene naturaleza administrativa; sin embargo, esta Sección reitera que las compañías de seguros se vinculan a este tipo de procesos como terceros civilmente responsables, en el marco de las disposiciones pactadas en el contrato de seguros, por lo que en este aspecto es aplicable la normativa comercial y no el artículo 9 de la Ley 610”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Expediente No. 25000-23-24-000-2007-00459-02. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

²¹⁹ GÓMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos. Primera Edición. Bogotá: Legis Editorial, 2014, pp. 215-391.

Es esa etapa procesal, la de vinculación formal, la designada especialmente por el legislador para iniciar los términos de la prescripción de las pólizas o garantías dentro del proceso de responsabilidad fiscal, en cualquiera de sus modalidades, verbal u ordinario, razón por la que, como atrás se estableció, LA PREVISORA S.A. concurrió al proceso núm. 80083-0531-11 bajo el imperio de la Ley 1474 y sus reglas, -como la del artículo 120-, circunstancia fáctica y jurídica que conoció desde el primer momento sumarial. No está de más recordar, en cualquier caso, que en el Auto de apertura núm. 023 de 23 de mayo de 2011, proferido antes de la entrada en vigor de la Ley 1474, la CGR había vinculado como garante, únicamente, a una aseguradora llamada CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a través de la póliza núm. 43091495, que no a LA PREVISORA S.A., la que recién lo hizo en la ocasión referida.

Con fundamento en lo explicado, una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal en la fecha de notificación personal del Auto núm. 0116 de 11 de julio de 2013, que resolvió los recursos de apelación interpuestos contra aquél, esto es el 15 de agosto de 2013, y habiendo sido aperturado el proceso de responsabilidad fiscal con Auto núm. 023 de 23 de mayo de 2011, está claro que dicho fenómeno no tuvo ocurrencia en el asunto bajo examen y, por lo mismo, no hay lugar a la inconformidad elevada por la impugnante.²²⁰

Sin embargo, la Contraloría General de la República ha sido incesante²²¹, desafortunadamente, con su posición sobre el tema, al punto de señalar, que nada incide la expedición de la póliza de seguro antes o después de la expedición de la Ley 1474 de

²²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente No. 25000-23-41-000-2014-00035-01, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón citada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia de 27 de octubre de 2023. Expediente No. 250002341000201800434-00, M.P. LUIS MANUEL LASSO LOZANO.

²²¹ En gracia de discusión, la Contraloría General de la República a instancia del grado jurisdiccional de consulta, ha sostenido: "En primera instancia el querer del legislador respecto del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 aplica claramente al caso en el cual "se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al GARANTE, en calidad de TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE", de donde resulta evidente de la lectura plana de la norma, que no se presenta la confusión que pretende alegar la aseguradora, sobre todo si se tiene en cuenta que ata la prescripción del seguro a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, el cual respecto de la prescripción dice en su tenor literal que: "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". Ahora bien, cabe recordar que el artículo 120 únicamente precisó lo que para la Contraloría era claro desde antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 de 2011, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 9 de la Ley 610 de 2000. En efecto, sobre el particular la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva el 13 de junio de 2002, indicó con respecto a la Prescripción de las pólizas de seguros de acuerdo al artículo 1081 del Código de Comercio en consonancia con las jurisprudencias mencionadas, lo siguiente: "...Otra excepción al principio general contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio es el régimen de Prescripción a que están sometidas las pólizas que expiden las compañías de seguros como garantía de ' cumplimiento de obligaciones asumidas por particulares frente a entidades públicas. Es así como el Consejo de Estado ha reiterado que para el ejercicio de la acción ejecutiva no tiene aplicación los términos del citado artículo 1081 sino el término de (5) años fijado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que es el lapso para llevar a cabo la ejecución coactiva, por parte de las entidades públicas, con el fin de hacer efectiva las garantías constituidas mediante pólizas de seguros." Por lo anterior, el mandamiento ejecutivo debe ser notificado al garante, es decir a la aseguradora, antes de (5) años desde la ejecutoria del acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía, pues en este término, debe la Administración realizar los actos y gestiones para hacer efectivas sus propias decisiones." Véase: CONTRALORA DELEGADA INTERSECTORIAL No 9 UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN. Auto No. 0041 del 01 de marzo de 2018. Proceso No. 80762-1017-1763.

2011, para fijar el término prescriptivo aplicable, porque al reclamarse el seguro a través del proceso de responsabilidad la prescripción de ésta siempre operará en los términos del artículo 9 de la Ley 610 de 2000:

[...] pese a que el fallo guarda relación con los procesos de responsabilidad fiscal iniciados antes de la vigencia de la Ley 1474 de 2011, aplica la tesis del fallo para las pólizas expedidas con anterioridad a la vigencia de la referida ley, por cuanto en este caso los presupuestos de análisis son los mismos, esto es, la vigencia en el tiempo de la Ley 1474 de 2011. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la póliza materia de estudio fue expedida el 12 de junio del año 2011, esto es, con anterioridad a la expedición de la Ley 1474 de 2011, ello en manera alguna es óbice para aplicar el artículo 1081 del C. de Co. por cuanto esta disposición guarda relación con las acciones judiciales derivadas de ella, no con las medidas administrativas como las que ocupa el proceso de responsabilidad fiscal, en razón a que en este evento, se trata del ejercicio de control que la Contraloría efectúa en el marco de su actuar administrativo, lo que de suyo excluye las acciones jurisdiccionales a las que se refiere la norma comercial, por lo cual el reproche del apelante carece de sustento.²²²

Pero observamos que algunos entes de control fiscal territorial como lo son la Contraloría General de Antioquia²²³ y la Contraloría Departamental del Meta²²⁴, se apartan de los

²²² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Gerencia Departamental Colegiada de Bolívar. Fallo No. 024 de 9 de noviembre de 2021. Expediente No. 1692. C.P: Martha Elena Reyes Llerena.

²²³ “(...) Se concluye, sin lugar a duda, que lo hizo la Ley 1474 de 2011, fue zanjar una discusión sobre la aplicación de la prescripción que trae el Código de Comercio, aclarando la voluntad del legislador al interpretar el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, sobre el término de prescripción del contrato de seguro en materia de responsabilidad fiscal; es decir, que la nueva Ley no modifica el término ni trae una nueva disposición legal. No obstante, lo anterior, el hecho motivo de investigación y el cual nos convoca en esta oportunidad, tuvo ocurrencia en año 2010, fecha en la cual no estaba vigente la Ley 1474 de 2011, por lo tanto, debemos analizar el precepto normativo en materia del contrato de seguro contenido en el Código de Comercio, así como también se hace importante referencia el alcance del mismo otorgado a través de la Jurisprudencia en lo que atañe al término de prescripción de esta relación contractual (...) Es claro que se debe tener en cuenta la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, antes citado, toda vez que la vinculación que tiene la Compañía de Seguros, se hace con base en una Responsabilidad Civil y no en una Responsabilidad Fiscal y, el grado de aquella, está dado por los límites a los términos del aseguramiento, ya que su vinculación se deriva únicamente del Contrato de Seguro, y tal vínculo merece una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo de la garantía (...) Por lo anterior, y en cuanto a los argumentos presentados por el apoderado contractual de la Compañía Solidaria de Colombia, comparte el Despacho en todas sus partes la explicación de la prescripción de la Acción, así mismo, el Despacho dispondrá igualmente su desvinculación por cuanto operó la prescripción de la acción, conforme lo estipulado en el artículo 1081 del Código de Comercio y otras disposiciones jurisprudenciales que rezan así: frente a la Póliza No. 994000002517... comparte el Despacho lo argumentado por el apoderado de la compañía, porque ha operado el fenómeno de la prescripción, lo cual se puede observar que la póliza fue expedida el día 21/10/2010 (...). CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA. Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal. Fallo con responsabilidad fiscal No. 074 del 12 de julio de 2018. Expediente No. 623 de 2013.

²²⁴ “(...) En ese orden, respecto de la aseguradora vinculada al proceso, ha operado la prescripción ordinaria contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, entendiéndose que el interesado (la contraloría) tuvo conocimiento del hecho que dio base a la acción el 28 de febrero de 2013, fecha en la que se abrió y declaró abierto el proceso de responsabilidad fiscal No. 3113. Así, teniendo en cuenta la vinculación de la Aseguradora Solidaria de Colombia se efectuó por responsabilidad civil derivada del contrato de seguros y que a la fecha de la expedición y coberturas de la póliza de Seguro de manejo No. 994000000867 con vigencia 13 de junio de 2010 al 13 de junio de 2011, mediante póliza de manejo No. 994000000869 con vigencia del 13 de junio de 2010 al 13 de junio de 2011, no se encontraba en vigencia la Ley 1474 de 2011, es aplicable la prescripción

conceptos de la Contraloría General de la República y adoptan la interpretación jurídica que hace GÓMEZ LEE, para acceder a la desvinculación de las pólizas de los procesos de responsabilidad fiscal cuando ha operado el término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por el contrario, GALINDO VACHÁ, indica que es necesario revisar cada proceso de responsabilidad fiscal de forma independiente y así poder definir cuál de los dos términos (el del artículo 1081 del Estatuto Mercantil o el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011) se deber aplicar al caso, señalando que:

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 fiscal 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 temporal²²⁵.

Dicho todo lo anterior, se debe resaltar que entre el texto del artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 se presenta una evidente contradicción, entre tanto el primero de ellos indica que el término ordinario de prescripción de la acción de reclamación del seguro es de dos (2) años contados a partir del momento en el que el interesado tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro que da base a la acción, mientras que el segundo extiende el término a cinco (5) años y se contarán a partir del auto de apertura de la acción de responsabilidad fiscal, de los cuales se observa no solo en una diferencia en el tiempo establecido para uno y otro artículo, sino también, una diferencia en los criterios para iniciar el conteo del término, lo que conlleva a una evidente materialización de una antinomia jurídica.

del artículo 1081 del Código de Comercio y no los términos contemplados en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 (...): CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL META. Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. Fallo con responsabilidad fiscal No. 016 del 29 de diciembre de 2017. Expediente No. 3113.

²²⁵ GALINDO VACHÁ, Juan Carlos. Temas relevantes de la responsabilidad fiscal y del Derecho de Seguros. -Crítica de las posturas asumidas por la Contraloría General de la República-. En: JARAMILLO J, Carlos Ignacio; JARAMILLO SALGADO, Patricia y RAMÍREZ BERNAL, Sandra. Derecho de Seguros y Reaseguros. LIBER AMICORUM en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, AIDA. Editorial Ibáñez, 2015, p.528.

En conclusión, es claro que ninguno de los pronunciamientos citados proporciona una solución de fondo a esta discusión, como tampoco contribuyen a la consolidación de la eficacia y eficiencia del contrato de seguro a instancia de proceso de responsabilidad fiscal, ya que no define con claridad ¿Cuál es el término prescriptivo aplicable? y ¿A partir de qué momento se debe contabilizar él término?; por el contrario, ha acentuado aún más la inseguridad jurídica en el sector asegurador y reasegurador.

Así las cosas, el siguiente capítulo pretenderá una posible solución a la contradicción que existe entre los artículos 1081 del Código de Comercio y 120 de la Ley 1474 de 2011, desde la aplicación del principio de especialidad de las leyes que se emplea para las normas de igual jerarquía y, en consecuencia, se demostrará que, bajo el argumento de la función social del Derecho Contractual es procedente en instancia del proceso de responsabilidad fiscal aplicar el término de prescripción en el contrato de seguro regulado en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción sin hacer mella en el artículo 1081 del C.Co, esto con el fin de hacer prevalecer la protección del patrimonio público y, con ello, proponer soluciones que permitan equilibrar la relación contractual de las aseguradoras y reaseguradoras con el Estado, cuando se suscriben aquellos contratos de seguros que pueden ser vinculados a los procesos de responsabilidad fiscal.

3. Capítulo III: La antinomia jurídica entre el artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción

En el presente capítulo, resolveremos a partir de los criterios clásicos para la resolución de las antinomias jurídicas, el conflicto normativo que surge entre los artículos 1081 del Código de Comercio y 120 del Estatuto Anticorrupción, lo que nos permitirá dilucidar cuál de los dos plazos prescriptivos es aplicable cuando los entes de control fiscal pretende hacer efectiva las pólizas de seguro que amparan riesgos a favor del Estado a través del proceso de responsabilidad fiscal; no sin antes, hacer una aproximación teórica de esta figura jurídica.

Adicionalmente, consideramos necesario, que para no dejar la solución de esta problemática únicamente en manos de las proposiciones establecidas por la teoría general del Derecho, ratificaremos nuestra tesis a partir de los postulados desarrollados por la teoría de la constitucionalización del Derecho Privado, su incidencia en la solidaridad contractual y la posible función social del contrato, lo que nos brindará una conclusión más sólida al problema jurídico planteado.

3.1. La antinomia jurídica:

Todas las normas de carácter jurídico se encuentran conformadas por un supuesto fáctico que se conecta con una consecuencia jurídica, es por esto, que un sistema jurídico es sólido, estable y congruente, por lo que no debería presentar contradicciones o conflictos normativos. No obstante, a medida que los Estados se han ido transformando en “Estados Sociales de Derecho” han generado un sistema normativo para regular todas las relaciones

y comportamientos de los individuos y de éstos con el estado; y, así no se conozcan cuantas y cuáles son las normas que conforman los sistemas jurídicos vigentes y aplicables.

Por consiguiente, una de las dificultades que constantemente se encuentran los jueces y los juristas son las incompatibilidades normativas, pues este problema nace cuando en un mismo ordenamiento jurídico existen varias normas aplicables a un hecho jurídico específico, que disponen soluciones inconsistentes como por ejemplo considerar aplicable la primera norma, considerar aplicable la segunda o considerar inaplicables ambas normas.

Dicho esto, es claro que los conflictos normativos son el efecto de la existencia del fenómeno de la sobrerregulación de todas las conductas posibles de un Estado, los cuales ha generado problemas de incompatibilidad entre normas dentro de estos sistemas; razón por la cual, la antinomia jurídica es por excelencia la expresión de incoherencia, incompatibilidad y contradicción entre normas de igual o distinta categoría, que pueden llegar a ser total o absoluta, relativa o parcial, en concreto o abstracto, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, el término *antinomia* es definida por varios juristas como: i) la contradicción entre dos enunciados normativos vigentes que dentro de un ordenamiento jurídico generan contrariedad²²⁶; ii) conflictos normativos que surgen de inconsistencias formales del sistema jurídico²²⁷; ii) dos normas que se relacionan a una misma directriz y que tienen consecuencias jurídicas distintas e incompatibles²²⁸; iv) dos o más normas que son material

²²⁶ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2019. pp. 177-178.

²²⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. En: RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica y FRABRA ZAMORA, Jorge Luis. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015. p. 1309.

²²⁸ Puede definirse una "antinomia" en uno u otro de los modos siguientes: a) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, o b) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema. Véase: GUASTINI, Riccardo. *Problemi di Interpretazione en Lefonti del diritto e l'interpretazione*. (Traducción al castellano de Miguel Carbonell) En: Isonomía. No. 7 (octubre 1997). p. 129.

o formalmente incompatibles²²⁹; o v) dos normas de diferente jerarquía que van dirigidas a un mismo agente general donde una ordena y la otra prohíbe²³⁰.

Conforme lo anterior, podemos concluir que la antinomia jurídica en términos generales es entendida como la colisión entre dos o más normas que tienen el mismo ámbito de aplicabilidad y validez y representa un problema de eficacia y seguridad jurídica dentro de un ordenamiento jurídico.

3.2. Especialidad de las normas como criterio para resolver la antinomia jurídica entre el artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción en Colombia:

Teniendo en cuenta los criterios hermenéuticos para resolver las antinomias jurídicas y tomando su campo de aplicación en nuestro sistema jurídico corresponde decidir sobre la norma que debe ser aplicada al caso objeto de estudio y la que debe ser eliminada o inaplicada o si es posible hablar de una interpretación armónica de ambas disposiciones.

Con anterioridad, sustentamos la existencia de la antinomia jurídica que surge entre los artículos 1081 del Código de Comercio y 120 del Estatuto Anticorrupción, recordando que el problema jurídico radica en que las dos normas señaladas establecen, en principio, términos distintos frente a la prescripción de la acción de reclamación derivada del contrato de seguro cuando éste es vinculado al proceso de responsabilidad fiscal. Por su parte, el artículo 1081 señala un término ordinario de un bienio (o extraordinario de un quinquenio), mientras que el artículo 120 dispone que la acción de reclamación prescribirá en los términos regulados por el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, es decir, un quinquenio. Esta aparente incompatibilidad conllevó a que surgieran problemas a la hora de interpretar cuál es la norma que debe aplicar las contralorías al momento de definir los tiempos para reclamar la pretensión indemnizatoria sobre el seguro a instancia de la acción administrativa, pues en su defensa, el sector asegurador argumenta que los entes de control fiscal deben aplicar -independientemente de la clase de proceso donde se adelante

²²⁹ HUERTA OCHOA, Carla. Conflictos normativos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003. p. 50.

²³⁰ RUIZ MANERO, Juan. Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre. sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. En: DOXA. A los cincuenta años de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011. p. 43.

la reclamación- las normas comerciales que rigen el contrato de seguro; por el contrario, las contralorías indican que al ser una acción especial se deben aplicar para todos los efectos las normas que particularmente la regulan.

Por lo anterior, a continuación, aplicaremos a la situación en conflicto cada uno de los criterios existentes para determinar cuál de los tres permite resolver la antinomia jurídica:

Primero, a la luz del *criterio jerárquico* ninguna de las dos normas en disputa prevalece la una sobre la otra, en tanto que el Código de Comercio como el Estatuto Anticorrupción son leyes ordinarias, por lo tanto, son normas de igual jerarquía.

Téngase en cuenta, que la Constitución Política de 1991 establece las diferentes clases de leyes²³¹ que expide el ejecutivo, esto significa que cada una de estas normas tiene un nivel y objetivo específico; es así como el numeral 2 del artículo 150 de la Carta Política dispone que las leyes contenidas en códigos poseen jerarquía de una ley ordinaria. De ahí, que tanto el artículo 1081 del Código de Comercio como el 120 del Estatuto Anticorrupción cuentan con la misma fuerza jurídica de validez, en ese sentido, este criterio resulta inaplicable para el caso.

Segundo, bajo el *criterio cronológico* el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, es posterior frente al artículo 1081 del Código de Comercio, en el entendido que el artículo 120 es producto de una modificación que introdujo el legislador en el año 2011 a la ley que regula el trámite del proceso de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000), en tanto que el artículo 1081 existe desde 1971 con la expedición del mismo Estatuto Mercantil y a la fecha el artículo 1081 no ha tenido ninguna reforma posterior al artículo 120 en comento.

De lo expuesto, se entendería que el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción deroga tácitamente el artículo 1081 del Código de Comercio. Empero, esta derogación resulta improcedente en la medida que la disposición normativa contenida en el Código de Comercio aplica de forma general para todas las acciones propias del contrato de seguro, mientras que el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción va dirigida exclusivamente a la

²³¹ Leyes ordinarias (art. 150); leyes de autorizaciones (art. 150 núm. 9); leyes que conceden facultades extraordinarias (art. 150 núm. 10); leyes marco (art. 150 núm. 19); leyes orgánicas (art. 151); y leyes estatutarias (art. 152).

acción de reclamación del contrato de seguro a instancia del proceso de responsabilidad; razón por la cual, este criterio tampoco puede ser aplicado al caso.

Precisado lo anterior, es claro que el criterio que encaja perfectamente en este dilema normativo es el *criterio de especialidad*²³², pues el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción resulta preferente frente al artículo 1081 del Código de Comercio, en el entendido que el artículo 120 consagra con detalle un presupuesto fáctico específico, al señalar que el término prescriptivo regulado por el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, operará también para las pólizas de seguro cuando éstas son vinculadas únicamente a la acción de responsabilidad fiscal. Por otro lado, el artículo 1081 del Código de Comercio ofrece un presupuesto fáctico más amplio, pues los términos prescriptivos fijados por esta norma, aplican para la reclamación directa ante el asegurador o la reclamación por vía de la acción judicial.

En suma, teniendo como base los fundamentos teóricos de la antinomia jurídica, que fueron expuestos al inicio de este capítulo, podemos concluir que, para el caso puntual, estamos frente a una antinomia jurídica aparente en virtud de una interpretación incompleta de los contenidos normativos regulados por los artículos en disputa. De tal suerte, que el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción no deroga tácitamente el artículo 1081 del Código de Comercio, solo que cuando el riesgo asegurado contratado a través de una póliza de seguro constituida a favor de entidades estatales, funcionarios públicos y/o particulares que administren recursos públicos se materialice y la indemnización sea reclamada por las contralorías a través de la acción de responsabilidad fiscal, el término prescriptivo de esta acción de reclamación será de cinco (5) años conforme lo establece el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción en remisión al artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

Por consiguiente, será aplicable el término prescriptivo de dos (2) años regulado por el artículo 1081 de Código de Comercio, para todas las demás reclamaciones que presenten directamente las entidades estatales (aseguradas/beneficiarias de los seguros) ante las

²³² la Corte Constitucional ha sostenido que en los casos donde se aplique el criterio de especialidad, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación, porque: “permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales”.CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016. Expediente No. D-11213. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

aseguradoras y/o cuando están reclamen la indemnización a través de una acción de carácter judicial o incluso los entes de control como beneficiarios de una póliza de seguros, como personas capaces.

Ahora bien, iniciando el análisis de este estudio, se abordó no solo la discrepancia legal derivada del plazo prescriptivo de la acción de reclamación del contrato de seguro en el contexto del proceso de responsabilidad fiscal, sino también la ambigüedad sobre cuándo comienza a correr dicho término. Desde nuestra perspectiva, a instancia de esta acción administrativa, este plazo podría iniciar, si no ha prescrito antes, con la emisión del acto administrativo que da inicio al proceso de responsabilidad fiscal, ya que es en ese punto cuando la legislación otorga formalmente la potestad al órgano fiscalizador para solicitar el seguro en nombre de la entidad pública afectada debido a la presunta irregularidad investigada.

Dicho de otro modo, el período de cinco (5) años que por remisión expresa dispone el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, coincide con el término extraordinario mencionado en el inciso segundo del artículo 1081 del C.Co, que según las interpretaciones doctrinales y judiciales sobre el tema, comienza a contar desde el momento en que nace el derecho (carácter objetivo) y recae sobre toda clase de personas incluidos los incapaces²³³, esto significa, que en relación con el proceso de responsabilidad fiscal, este derecho solo se activa cuando la contraloría inicia el proceso, ya sea ordinario o verbal.

3.3. Eficacia normativa de la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro: Código Comercio vs. Estatuto Anticorrupción:

De conformidad con la solución aplicada a la antinomia jurídica entre el artículo 1081 del Código de Comercio y el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, que venimos de explicar, queda claro que para el ordenamiento jurídico colombiano ambas normas son válidas y eficaces, lo que conllevaría al cese definitivo de la incompatibilidad normativa.

No obstante, el hecho de que la antinomia jurídica aquí resuelta sea aparente, en tanto que sus disposiciones no son contrarias entre sí, sino que en su aplicación al caso en

²³³ ROBLEDO VALLEJO, Laura. La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia. [en línea] En: Revista RIS. No. 24 (enero-julio 2015), pp. 91-109.

concreto de la acción de responsabilidad fiscal simulan estarlo, fruto de varias interpretaciones que se han hecho de estas dos normas y, más, cuando después de desarrollado el presente estudio podemos afirmar que la controversia se pudo haber suscitado a partir de la teoría expuesta por BOBBIO²³⁴, quien indica que no todas las antinomias jurídicas se pueden resolver a través de los criterios clásicos mencionados y en esa cuestión deja a consideración del interprete como resolver el conflicto, es decir, que el expositor sea quien decida frente a la incompatibilidad sucinta si elimina una de las dos normas, suprime ambas o en su defecto decide consérvalas; lo que conllevó a que, en el escenario nacional, tanto el sector asegurador como las contralorías se acogieran a una interpretación normativa más conveniente a sus intereses.

Por ende, sostenemos que la resolución de la antinomia jurídica desde la aplicación de la teoría general del Derecho no es suficiente, en tanto que existen posturas doctrinales y jurisprudenciales opuestas a la aquí planteada, en la medida que, aún no tenemos una decisión del Consejo de Estado que la unifique, lo que conllevará a que el altercado se mantenga en el tiempo. Así las cosas, reforzaremos los resultados de esta tesis, haciendo uso de los postulados que componen la teoría de la constitucionalización del Derecho aplicables a los negocios jurídicos de carácter privado, particularmente los que hacen referencia a la solidaridad contractual que, a nuestro parecer, se encuentra intrínseca en el contrato de seguro que permiten soportar una solución más sólida a lo desarrollado.

3.4. El solidarismo contractual y su incidencia en la prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro a instancia del proceso de la acción fiscal:

Sea lo primero señalar, que la constitucionalización del Derecho Privado²³⁵ constituye un fenómeno legal de gran envergadura que redefinió la relación entre la esfera pública y privada en el marco jurídico; este proceso implica la integración de principios y valores constitucionales en las normativas que tradicionalmente regían las interacciones entre particulares reguladas por el derecho civil o mercantil. En esencia, esta teoría jurídica busca armonizar las disposiciones legales con los preceptos fundamentales consagrados

²³⁴ BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1992. p. 204.

²³⁵ SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. [en línea] En: Revista Vniversitas. No. 129 (2014). pp. 321-327.

en la constitución que deben ser considerados como la base del derecho y la justicia en una sociedad.

En lo que se refiere a los negocios jurídicos, tiene importantes implicaciones, fundamentalmente, la aplicación de los principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana, que deben ser tenidos en cuenta en la elaboración y la interpretación de los contratos y otras transacciones comerciales. Por ejemplo, en un contrato de trabajo, los principios constitucionales de igualdad y dignidad humana implican que el empleador debe tratar a todos los trabajadores de manera justa y equitativa, sin discriminación por motivos de género, raza, religión u orientación sexual, etc. Además, el contrato de trabajo debe incluir cláusulas que respeten los derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a un ambiente laboral seguro y saludable.

A su vez, también implica que los negocios jurídicos privados deben contribuir al bien común y al desarrollo sostenible de la sociedad, esto significa que los contratos y las transacciones comerciales no deben ser considerados solamente desde una perspectiva individual o empresarial, sino que deben tener en cuenta los intereses y necesidades de la sociedad en su conjunto²³⁶. Tal es el caso, que en un contrato de compraventa de bienes las partes deben tener en cuenta los impactos ambientales y sociales de la producción y el consumo de los bienes en cuestión, por lo tanto, quienes intervienen en el contrato pueden acordar cláusulas que promuevan prácticas sostenibles y responsables en la producción y el uso de los bienes.

Al punto que, para BERNAL FANDIÑO, los negocios jurídicos entre particulares se han estado adecuando a una función social, relacionada ésta con un vínculo de solidaridad, toda vez que “para el solidarismo, el contrato tiene una función social que se debe cumplir en el sentido de que los contratantes deben ejercer la autonomía privada dentro de unos parámetros de equilibrio, cambio justo y armonía”²³⁷. Sobre el particular, hemos encontrado que este concepto es mucho más amplio, pues no solo hace referencia al deber de colaboración entre las partes contratantes, sino que también, tiene su razón de ser en la

²³⁶ PEREIRA FREIDES, Esteban. Fuerza Obligatoria y Función Social del Contrato: Un Estado en la Cuestión de Brasil y Chile. [en línea] En: Revista Latinoamericana de Estudios Legales. Vol. 1 (2017). p. 87.

²³⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 470.

posibilidad atribuida al Estado de intervenir en los negocios de los particulares. Expertos en el tema, manifiestan que el principio solidarista de los contratos se concentra en una concepción sociológica, ya que esta función busca equilibrar los poderes de las partes con el objetivo de atender a la finalidad de justicia equitativa propia de los Estados Sociales de Derecho.

Por esta razón, procederemos hacer una breve exposición de los antecedentes y conceptos fundamentales de la teoría del solidarismo contractual, desarrollados desde el marco de la constitucionalización del Derecho Privado, para con ello demostrar como las nociones básicas sobre las cuales recae esta doctrina fortalece la procedencia de aplicar el término de prescripción regulado en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción al contrato de seguro que se reclama por vía del proceso de responsabilidad fiscal, con el fin de prevalecer la protección del patrimonio público, desde luego, cuando NO se ha configurado el fenómeno prescriptivo del 1081 del C.Co, con anterioridad.

3.4.1. Teoría del solidarismo contractual:

Unos de los primeros países en introducir los cambios a los negocios jurídicos de carácter privado fue Francia²³⁸, quien a finales del siglo XIX le introdujo al Código Civil algunas reformas en los libros que regulan las obligaciones y los contratos como resistencia de las constantes arbitrariedades de la autonomía de la voluntad privada²³⁹, con el objetivo de adecuar esta normatividad a las necesidades sociales, por esto, el principio de solidarismo se convirtió en la respuesta a la desigualdad contractual, sobre este punto MAZEAUD, manifiesta que: “el solidarismo contractual consiste esencialmente [...], en una exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de respetar el interés legítimo de sus contratantes”²⁴⁰.

²³⁸ MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. En: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 16 (julio 2011). p. 195.

²³⁹ BERNAL-FANDIÑO, Mariana. El solidarismo contractual -Especial Referencia al Derecho Francés-. En: Revista Vniversitas. No. 114 (julio-diciembre 2007). p. 16.

²⁴⁰ Esta ética contractual se manifiesta concretamente, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia, proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo. MAZEAUD, Denis. “Solidarisme contractuel et réalisation du contrat”, citado por MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. En: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 16 (julio 2011). p. 198.

En Latinoamérica por su parte, Brasil fue el primer país en acoger estos nuevos postulados incorporándolos así en su nuevo Código Civil (vigente desde el 2003); innovaciones significativas atributivas al ordenamiento jurídico privado de este Estado, entre las cuales se encuentra el artículo 421, que ahora dispone: “La libertad de contratar será ejercida en razón y dentro de los límites de la función social del contrato”²⁴¹. Esta norma fue construida a partir de los principios de solidaridad y dignidad humana; por ello MOMBORG²⁴², indica que el nuevo Código Civil Brasileño reconoce además de los principios tradicionales (libertad contractual, fuerza obligatoria del contrato y efecto relativo del contrato), nuevos principios denominados *sociales*, a saber: la función social del contrato, la buena fe objetiva y el equilibrio contractual.

Podemos entender con esto, que el ordenamiento jurídico brasileño adoptó la solidaridad como principio rector en el derecho contractual; la doctrina brasileña a definido esta expresión como el “deseo de justicia social propio del Estado de Bienestar constitucional”²⁴³, este término nace del fenómeno denominado “publicación, socialización o constitucionalización del Derecho Privado”²⁴⁴, motivo por cual, varias instituciones del derecho civil y comercial son orientadas por criterios inherentes al derecho público.

Es así, como, a groso modo, los cambios realizados sobre las normas que regulan los contratos privados en otras legislaciones, influyeron en la materialización de la constitucionalización del Derecho Privado en Colombia, entendido por algunos autores como: “el principio de supremacía de la Constitución, además de asumir a la Constitución como norma jurídica y como norma que señala la manera de producir las demás normas, implica adicionalmente la constitucionalización del resto del derecho, la que opera, tanto en el plano interpretativo, como en el aplicativo. Este contenido de la supremacía constitucional implica un tránsito que va desde la legalización del derecho a la constitucionalización del derecho”²⁴⁵.

²⁴¹ BENEDETTI TIMM, Luciano. La Función Social del Derecho Contractual en el Código Civil Brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficacia Económica. Revista de Instituciones Ideas y Mercados No. 52. (mayo 2010). p.6.

²⁴² MOMBORG U., Rodrigo. El Código Civil brasilero de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos. En: Revista Opinión Jurídica. Volumen. 13. No. 26 (julio-diciembre 2014), pp. 165-167.

²⁴³ BENEDETTI TIMM, Luciano. Op.cit. p. 12.

²⁴⁴ Ídem.

²⁴⁵ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010. p. 72.

Por consiguiente, es común que desde la concepción de la constitucionalización del derecho²⁴⁶ se utilicen de forma constante términos como equilibrio contractual, solidaridad o justicia, los cuales se encuentran inmersos en la expresión *estado social de derecho* que enmarca el preámbulo de la Carta Política de 1991. Sobre este tema, se ha pronunciado la Corte Constitucional, señalando lo siguiente:

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual, a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias²⁴⁷.

En relación con lo anterior, podemos observar que el alto Tribunal no ha sido ajeno a los cambios que se han introducido en materia de derecho privado y, a través de sus pronunciamientos se ha dedicado a forjar principios que defiendan la protección de los derechos de los asociados como los de los individuos²⁴⁸, en consecuencia, ha establecido la atribución de los principios constitucionales, especialmente, el de solidaridad aplicable a las conductas entre particulares, ya que no sólo es un deber constitucional genérico, también es un principio fundamental y como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales, de hecho sostiene que:

²⁴⁶ En forma más elemental la constitucionalización del derecho hace alusión al fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país. Consultado en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/derechoyrealidad.+6+la+constitucionalizacion.pdf>.

²⁴⁷ En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. Expediente No. T-778. M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁴⁸ Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-520 del 26 de junio de 2003. Expediente No. T-620041. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesario para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho²⁴⁹.

A propósito, TOLOSA VILLABONA, indica que principio de solidaridad tiene por objeto la protección y subsistencia de la sociedad cuyo fin común es beneficiar a la población “la solidaridad es un vínculo, un compromiso perdurable en el tiempo y en el espacio que obliga a cada individuo a responder social y jurídicamente ante la propia sociedad”²⁵⁰.

En suma, el solidarismo busca alejar las relaciones contractuales de la concepción egoísta donde sus intereses se contraponen y así acercarlas a una actitud de colaboración y ayuda mutua basada en los principios de lealtad, buena fe y coherencia contractual que permita que ambas partes trabajen por un fin común, que en otras palabras, es satisfacer el interés propio mientras se ayuda a que la otra parte contractual haga lo mismo, con ello evitar los abusos de aquel que tiene la posición dominante dentro del negocio jurídico y restablecer el equilibrio contractual.

Expuesto lo anterior, con relación a los cambios sustanciales que trajo consigo la constitucionalización del Derecho Privado en materia contractual, tenemos la eliminación del abuso de la posición dominante, la protección vía judicial de los derechos de los contratantes, el equilibrio contractual, y la autonomía de la voluntad privada que se encuentra limitada²⁵¹, principalmente en atención al interés público que involucra la celebración de los contratos y el respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales de los contratantes y la sociedad.

²⁴⁹ Íbid.

²⁵⁰ TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. En: Revista Estudio Socio-jurídicos. Volumen 19 No. 2 (junio 2017) pp. 13-61.

²⁵¹ El reconocimiento de la libertad del individuo se inserta hoy en una concepción del ordenamiento que se inspira en el valor prevaleciente de la solidaridad social, como valor de fondo de la Constitución (...). La intangibilidad de la voluntad individual cede frente a la exigencia de justicia social. Aquella está especialmente garantizada constitucionalmente en lo que hace a la iniciativa privada económica, pero dicha iniciativa no puede desarrollarse en contraposición con la utilidad social (...). Por tanto, aunque los límites de licitud en la ley (normas imperativas, orden público, buenas costumbres) (...) se entendieron en el pasado como limitaciones excepcionales de la autonomía, (...) ahora tiende a afirmarse la idea de la autonomía privada está fundamentalmente subordinada a la solidaridad social. Véase, MASSIMO, Bianca. Derecho Civil 3. El contrato. (traducción al castellano por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortes) Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 54-55.

3.4.2. Límites a la autonomía privada:

La autonomía de la voluntad es definida por la doctrina francesa como: “el poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses”²⁵². El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a esta definición, toda vez que nuestro derecho privado tiene su origen en los postulados codificados por el derecho francés, acogiéndonos así a los principios básicos del liberalismo clásico, individualismo y la autonomía de la libertad, que han tenido un desarrollo doctrinal, como también jurisprudencial por parte de las altas cortes.

Al respecto, traemos como ejemplo las sentencias de la Corte Constitucional C- 660 de 1996, C-993 de 2006 y C-1807 de 2015, que aducen en términos generales que: “la garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por este, y que se denomina autonomía privada”.

Adicionalmente, el alto Tribunal Constitucional agrega que: “la segunda garantía constitucional en la cual se fundamentan las facultades del testador es la autonomía privada de la voluntad”; aunque no existe norma expresa que contemple estas libertades, si se encuentran intrínsecas en los artículos 13²⁵³, 14²⁵⁴, 16²⁵⁵, 38²⁵⁶ y 42²⁵⁷ de nuestra Carta Política.

²⁵² BERNAL-FANDIÑO, Mariana. El principio de solidarismo como límite a la autonomía privada. [en línea] En: Revista Jurídicas. No. 114 (julio-diciembre 2016). p. 63.

²⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 13: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...).

²⁵⁴ Ibíd. Artículo 14: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

²⁵⁵ Ibíd. Artículo 16: Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

²⁵⁶ Ibíd. Artículo 38: Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado (...).

²⁵⁷ Ibíd. Artículo 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...).

Así, el principio de la autonomía de la voluntad²⁵⁸, que se encuentra estrechamente relacionada con el principio libertad contractual, entendida esta como la potestad de que tienen los individuos para obligarse unos con otros a través de la celebración de un contrato²⁵⁹, la cual no puede ser viciada ni coaccionada por personas ajenas al propósito del negocio jurídico. Por otra parte, el principio de la autonomía privada es el poder reconocido a los individuos para regular sus propias relaciones jurídicas²⁶⁰, con relación a estos dos conceptos, BERNAL FANDIÑO, señala que: “mientras la autonomía de la voluntad parte del dogma de la voluntad y lo ubica en el centro del negocio, la autonomía privada desplaza la voluntad a una posición subordinada de manera que la esencia del negocio está en la autorregulación de intereses”²⁶¹.

En este orden de ideas, la autonomía de la voluntad privada reúne las siguientes características:

- ✓ La existencia de una plena libertad para contratar.
- ✓ La actividad negocial que va dirigida exclusivamente a la regulación de los intereses particulares.
- ✓ Los individuos pueden crear todo tipo de efectos jurídicos, limitándose solo al cumplimiento del orden público y las buenas costumbres, y
- ✓ En caso de duda, en la interpretación de una manifestación de voluntad, siempre debe estarse a la voluntad de los contratantes.

De ahí que la voluntad de los particulares como fuente de derecho y obligaciones tiene unos límites sujetos al orden público y las buenas costumbres, normas que impiden pacto en contrario. Empero, este principio se ha visto cada vez más limitado como consecuencia

²⁵⁸ La Corte Constitucional define el principio de la autonomía de la voluntad privada como: “es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”. Sentencia C-934 del 11 de diciembre de 2013. Expediente D-9661. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵⁹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1602.

²⁶⁰ HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. [en línea] Revista Derecho Privado No. 26 (enero – junio 2014), p. 7.

²⁶¹ BERNAL-FANDIÑO, Mariana. El principio de solidarismo como límite a la autonomía privada. [en línea] En: Revista Jurídicas. No. 114 (julio-diciembre 2016). p. 63.

de los fuertes cambios que ha introducido la constitucionalización del Derecho Privado, ya que el Estado tiene la potestad de intervenir las relaciones jurídicas entre los particulares cuando “el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal”²⁶².

Estas circunstancias conllevaron a la ratificación en el orden constitucional de una serie de mandatos y cánones sociales, que, al actuar como fundamentos y principios del ordenamiento jurídico, relativizaron la autonomía de la voluntad en aras de proteger el interés común, el principio de solidaridad y los derechos de los terceros; es así, como actualmente la capacidad de tomar decisiones autónomas en asuntos privados se manifiesta de la siguiente forma:

- ✓ Las personas tienen la libertad de decidir si desean entrar en un contrato o no, siempre y cuando esta decisión no resulte en un uso indebido de poder o en acciones que limiten la competencia.
- ✓ Al tomar decisiones, no solo se busca el beneficio individual, sino también el beneficio general de la sociedad o el bien común.
- ✓ Existe una supervisión en la generación de consecuencias legales o económicas para prevenir el uso inadecuado de los derechos.
- ✓ El juez tiene el rol de asegurarse de que se protejan debidamente los derechos de todos los involucrados, y no se basa únicamente en lo que las partes originalmente querían en el contrato.
- ✓ La capacidad de tomar decisiones autónomas está limitada por los estándares éticos de actuar de buena fe.

²⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En suma, se evidencia que la autonomía de la voluntad, aunque un principio cardinal en el ordenamiento jurídico no es absoluto, su alcance está medido por consideraciones éticas, sociales y constitucionales que buscan promover un entorno jurídico más justo y equitativo. Por ende, no puede verse como un permiso para actuar libremente, sino como una responsabilidad que se ejerce dentro de un marco legal, siempre buscando el bien común.

3.4.3. La función social del contrato de seguro:

Según visto, la constitucionalización del Derecho Privado trajo consigo cambios profundos, impulsados por corrientes socioeconómicas y doctrinales, que desplazaron el enfoque del contrato hacia una perspectiva más social y objetiva, que introdujeron la idea de que no es la voluntad, sino la declaración, lo que constituye el contrato, dando mayor relevancia al fenómeno social que representa. Así, el contrato comenzó a ser visto como una herramienta que, más allá de concretar acuerdos entre partes, promueve valores como la buena fe, la dignidad humana, la solidaridad, la justicia y la equidad. Esto ha llevado a que el contrato no solo se enfoque en los intereses de las partes, sino que también busque promover el bienestar general y la justicia en las relaciones contractuales.

Esta orientación solidarista, ha permeado incluso áreas específicas como la industria aseguradora. La teoría del solidarismo contractual, que promueve la incorporación de la solidaridad y cooperación en los negocios jurídicos, encuentra un vivo ejemplo en la actividad aseguradora; dicha actividad, por la naturaleza de su objeto, ofrece altos niveles de protección contra riesgos, beneficiando tanto al sector público como al privado, ya que la distribución de estos riesgos dentro de la sociedad permite no solo proteger intereses y derechos individuales, sino también asegurar un resarcimiento económico adecuado en caso de daños.

En Colombia, el papel del contrato de seguro es de especial importancia, pues no solo protege a individuos y empresas contra riesgos potenciales, sino que también contribuye significativamente a la estabilidad económica del país. Al asegurar bienes, responsabilidades y empleados, las empresas pueden operar con la confianza de que están protegidas contra contingencias, garantizando su capacidad para generar empleo y riqueza. Además, las aseguradoras brindan herramientas financieras adicionales,

permitiendo que las empresas accedan a financiamiento a través de la emisión de pólizas de seguros, impulsando proyectos y mejorando su competitividad.

Pues bien, se entiende que el contrato de seguro cuando es vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, concibe una marcada influencia de la función social como principio rector del solidarismo contractual; como se señaló en líneas anteriores, la intervención de las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal se instituye, principalmente, como una garantía que tienen las contralorías para perseguir efectivamente el resarcimiento del detrimento patrimonial al Estado, esto con el fin de proteger los interés de la sociedad.

Por consiguiente, cuando el legislador dispuso que las aseguradoras fueran vinculadas en calidad de terceros civilmente responsables en los procesos de responsabilidad fiscal, el legislador actuó en cumplimiento de los mandatos de interés general y finalidad social del Estado. Así, entonces, las aseguradoras en aplicación a la función social del contrato de seguro desempeñan un papel importante a instancia de la acción fiscal porque garantizan y respaldan el pronto y efectivo pago de los perjuicios que ocasionen los servidores públicos y particulares responsables de la gestión fiscal materia de investigación.

En todo caso, los riegos de carácter fiscal que asume la industria aseguradora constituyen la protección de interés general, en la medida que permite resarcir el detrimento patrimonial que se cause al erario por el daño, deterioro o pérdida de los bienes muebles o inmuebles del Estado objeto de protección, por hechos que comprometan la responsabilidad patrimonial frente a terceros o por la actuación (acción u omisión) de los servidores públicos encargados de una función pública. Al respecto, cabe señalar que, la vigilancia de la gestión fiscal (que motiva el trámite del proceso de responsabilidad fiscal) se encuentra fundado en el principio de prevalencia del interés general, motivo por el cual, la vinculación de las aseguradoras cumple con los fines de este principio.

Por esta razón, también podemos observar la aplicación de la función social del seguro del contrato de seguro, en virtud de la aplicación del término de cinco (5) años para la prescripción ordinaria de la acción fiscal que deriva del seguro, conforme a lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 y de acuerdo con el criterio de especialidad de las normas desarrollado en el numeral 3.2. del presente acápite, que dio solución a la

antinomia normativa que se presentó entre los artículos 1081 del Código de Comercio 120 del Estatuto Anticorrupción.

La modificación legislativa a un término prescriptivo más amplio tiene como razón fundamental proteger los intereses del Estado. Estos intereses no son simplemente económicos, sino que trascienden hacia el ámbito de la justicia, equidad y transparencia en el manejo de recursos públicos, derivados de los impuestos y contribuciones de los ciudadanos, están destinados a satisfacer las necesidades públicas y, por ende, su manejo indebido no solo representa una pérdida económica, sino una vulneración del contrato social.

Argumento que en su momento también sirvió de base para que la Corte Constitucional declarará exequible el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, pues en sentencia C-836 de 2013, preciso que el término de caducidad y prescripción de la acción fiscal -propiamente dicha- “es una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de seguridad jurídica y prevalencia del interés general, cuya protección se confía al actuar de la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, llamadas a adelantar las averiguaciones del caso y a determinar si existe mérito para la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, lo que deben hacer de conformidad con el procedimiento legalmente previsto y dentro de los términos igualmente fijados por el legislador”, en consecuencia, la previsión del quinquenio para cada uno de estos fenómenos jurídicos, tiene por objeto garantizar que los operadores jurídicos dispongan del tiempo necesario para llevar a cabo las acciones correspondientes con miras de recuperar los recursos del Estado.

Además, recordemos que la responsabilidad fiscal actúa como una herramienta que garantiza que los servidores públicos y ciertos particulares manejen estos recursos de manera adecuada. Al conceder un término prescriptivo superior a dos (2) años, se otorga un espacio razonable para detectar, investigar y sancionar posibles malversaciones o malos manejos, teniendo en cuenta la complejidad y envergadura que pueden tener algunos casos.

Por lo tanto, a través de la lente de la responsabilidad fiscal, se puede observar cómo la función social del contrato de seguro no es simplemente teórica, sino que tiene implicaciones prácticas significativas que benefician a toda la sociedad, prevaleciendo

siempre el interés general sobre el particular, particularmente, en casos donde no se ha configurado el término prescriptivo del 1081 del C.Co., con anterioridad a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

3.5. Sugerencias que le permitan a la industria aseguradora asumir riesgos en favor del Estado con mejores garantías contractuales:

Tras resolver la discrepancia jurídica entre los artículos 1081 del Código de Comercio y 120 del Estatuto Anticorrupción, se ha establecido de manera inequívoca que el plazo de prescripción para la acción de reclamación en el contrato de seguro derivado de un proceso de responsabilidad fiscal es de cinco años.

Esta postura nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de que el legislador y las entidades pertinentes intervengan para modificar y establecer cambios que armonicen las condiciones estipuladas en los contratos de seguro. Esta intervención es especialmente crucial cuando la aseguradora decide cubrir riesgos en favor del Estado. A partir de la investigación llevada a cabo en este trabajo, se identificaron dos aspectos preocupantes: en primer lugar, la industria aseguradora asume estos riesgos por un período que supera el establecido por el mencionado plazo prescriptivo; y en segundo lugar, la industria tiene que enfrentar las repercusiones económicas de la corrupción, un problema endémico en nuestro país, esta situación se ve agravada por el abuso prevalente en nuestra sociedad, caracterizado por la mala gestión y uso indebido de fondos por parte de funcionarios públicos y privados para beneficio propio, impactando negativamente en el sector asegurador.

En relación con el primer aspecto, es fundamental destacar que, aunque la reclamación del seguro a través de la acción de responsabilidad tiene un término prescriptivo de cinco años, en la práctica, y específicamente en el contexto de esta acción, las aseguradoras se ven en la obligación de asumir los riesgos fiscales estipulados en las pólizas vinculadas a este tipo de procesos (como las pólizas de manejo, cumplimiento, responsabilidad civil de los servidores públicos, entre otras).

Este compromiso suele extenderse más allá del plazo mencionado, destacando que:

- ✓ El plazo de *caducidad* de la acción fiscal que tiene un término de cinco (5) años, contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño.
- ✓ El plazo de *prescripción* de la acción fiscal cuyo término es de cinco (5) años, contados a partir del auto que declara abierto el proceso; y
- ✓ Si se falla con responsabilidad fiscal y se declara tercero civilmente responsable a la aseguradora, un plazo adicional de cinco (5) años²⁶³ debe considerarse, dado que es el tiempo que tienen las contralorías para llevar a cabo la *acción de cobro coactivo*²⁶⁴ del título ejecutivo compuesto por acto administrativo (fallo) y la póliza de seguro objeto de reclamación²⁶⁵.

Esto significa, en términos prácticos, que la responsabilidad de una aseguradora en tales procesos puede tener una duración mínima de una década. Y no debemos olvidar que factores externos, como la reciente suspensión debido a la emergencia del COVID-19, pueden extender aún *más* estos plazos, que obligó tanto a la Contraloría General de la República, como a las contralorías territoriales a suspender términos en las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, entre cuatro (4) meses y hasta un (1) año como sucedió con la Contraloría General de Antioquia. Plazos que superan a todas luces los regulados de forma general por el artículo 1081 del Código de Comercio, y de carácter especial por el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, lo que produce un evidente desequilibrio contractual para el sector asegurador.

²⁶³ LEY 1437 DE 2011. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia. (Resaltado nuestro).

²⁶⁴ LEY 610 DE 2000. Diario Oficial No. 44.133 del 15 de agosto de 2000. 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.

²⁶⁵ Al respecto, es importante señalar que la Ley 42 de 1993 tiene el carácter de norma especial, así como la ley 610 de 2000, en cuanto modificó y adicionó parcialmente la anterior. A su turno, la ley 1066 de 2006 precisó con carácter general que todas las actuaciones sobre cobro coactivo se regulaban por el Estatuto Tributario y exigió que las entidades encargadas de dicho cobro debían expedir un reglamento interno para dicha función, sólo en este aspecto se tiene que modificó las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000. Por lo anterior, en el contexto del artículo 5 de la ley 1066 de 2006, las Contralorías deben seguir como regla general el procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario, con las salvedades que se hacen respecto de las disposiciones especiales contenidas en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000.

El problema radica, pues, en que el sector asegurador se rige por principios y normativas propias, que le permiten funcionar de manera óptima y el término prescriptivo del artículo 1081 del Código de Comercio, es uno de esos pilares que las aseguradoras tienen en cuenta al momento de diseñar sus productos y calcular sus riesgos, por ende, al cambiar este plazo o introducir ambigüedades al respecto podría tener repercusiones en el equilibrio financiero del sector, toda vez que aseguradoras podrían verse en la necesidad de revisar y modificar las primas, las políticas de suscripción y las provisiones técnicas, lo que podría llevar a un encarecimiento de los seguros o incluso a la restricción de ciertas coberturas.

Corolario de lo anterior, haciendo referencia al segundo aspecto, recordemos que los procesos de responsabilidad fiscal se adelantan en virtud de un menoscabo al erario por acción u omisión de los funcionarios públicos y/o particulares que administran estos recursos, que en la mayoría de los casos se encuentra soportado por la corrupción que han afectado profundamente al sector asegurador y reasegurador, lo que ha motivado el pago de millonarios siniestros por parte de las compañías de seguros como terceros civilmente responsables, pues en la mayoría de los procesos los responsables fiscales evaden su compromiso que asumir, con su pecunio, el resarcimiento del detrimento patrimonial imputado, lo que conlleva a que las aseguradoras asuman el pago directo de la pérdida.

Al respecto, BULLA ROMERO²⁶⁶, señala que hoy en día el sector asegurador enfrenta serios desafíos debido a determinaciones tomadas por las Contralorías, siendo particularmente afectado por las resoluciones de la Contraloría General de la República. Casos notorios como Reficar, Hidroituango e Idu-Trasmilenio, por mencionar algunos, son claros ejemplos. A diario, las entidades encargadas del control fiscal emiten fallos en los que diversas aseguradoras se ven obligadas a cubrir cuantiosas sumas derivadas de siniestros vinculados a procesos de responsabilidad fiscal. Opinión que compartimos porque las compañías de seguros a instancia de los procesos de responsabilidad fiscal han asumido siniestros por acaudalados desfalcos al Estado, esto con el fin de reintegrar

²⁶⁶ BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Nuevo control fiscal y proceso de responsabilidad fiscal. Acto Legislativo 04 de 2019, Decreto-Ley 403 de 2020. 2^{da} Edición. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2022, p. 593.

las pérdidas económicas que ocasionan la indebida administración y uso del erario por parte de sus funcionarios y los particulares.

Por lo tanto, es necesario no solo velar por la protección de los intereses de la Nación sino también los intereses económicos de la industria aseguradora, para con ello lograr un “acuerdo gana-gana”²⁶⁷ y así equilibrar²⁶⁸ la relación contractual entre ambas partes. Las circunstancias actuales reflejan una situación desfavorable para las aseguradoras, si bien su participación en el proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de terceros civilmente responsables, tiene el objetivo de garantizar una compensación adecuada por el daño patrimonial, en consonancia con la función social del contrato de seguro, es crucial recordar que las empresas de seguros y reaseguros están en el ámbito comercial y su viabilidad depende de esta actividad.

En esa medida, proponemos las siguientes posibles soluciones encaminadas a equilibrar las responsabilidades contractuales de las aseguradoras con el Estado. Sobre este punto, importante aclarar, que si bien estas propuestas no constituyen el eje central de este trabajo, se enuncian con la intención de que sean objeto de un estudio detallado en futuras investigaciones.

3.5.1. Establecimiento de tasas especiales en el cobro del valor de la prima:

Una de las principales obligaciones del tomador de un seguro es el pago de la prima, que representa el costo de la cobertura del riesgo asumido por el asegurador. La tasación de esta prima está intrínsecamente ligada al tipo de riesgo que se desea asegurar y debe ser adecuada para que la aseguradora pueda hacer frente a posibles siniestros.

²⁶⁷ La negociación “ganar-ganar” se trata del proceso negociador en el cual las partes buscan que todos los involucrados en el acuerdo obtengan un beneficio equivalente y nadie salga perjudicado.

²⁶⁸ El equilibrio contractual se refiere a la igualdad de poder entre las partes en un contrato, que les permita negociar y acordar las condiciones en términos equitativos, este equilibrio se considera esencial para garantizar que las partes tengan una relación contractual justa y que los derechos y obligaciones estén distribuidos de manera ecuánime.

Varios son los factores que determinan el monto de la prima, entre ellos tenemos: la i) duración del contrato; ii) el capital asegurado; iii) la probabilidad de ocurrencia del riesgo; y iv) las características específicas del tipo de seguro contratado.

Sin embargo, para los contratos de seguro celebrados con el Estado, las primas actuales parecen no ser adecuadas para cubrir los siniestros que las aseguradoras compensan, especialmente cuando éstos son reclamados a través de los procesos de responsabilidad fiscal, debido a que las aseguradoras, al calcular las primas y las reservas técnicas, tienen en cuenta el término prescriptivo establecido en el Código de Comercio; es por esto que el cálculo de la prima no considera adecuadamente la vigencia de esta acción administrativa ni el valor real del detrimento patrimonial investigado, incluida su indexación.

Frente a este panorama, es crucial que el legislador establezca tasas especiales para asegurar que las primas pagadas por el Estado, sus funcionarios y particulares, sean realmente representativas de los riesgos asumidos. Este ajuste es especialmente relevante en Colombia, donde se requiere asegurar bienes, garantizar el cumplimiento de contratos, el correcto manejo de fondos estatales y la responsabilidad civil de los servidores públicos, muchos de cuyos riesgos están vinculados o expuestos a la corrupción.

3.5.2. Limitar el monto de la indemnización al valor real del detrimento patrimonial, sin incluir indexaciones adicionales:

Actualmente, cuando se llega a una resolución en los procesos de responsabilidad fiscal y se declara a una aseguradora como tercero civilmente responsable, el monto a indemnizar por parte de la aseguradora suele incluir el valor del detrimento patrimonial indexado. Esto puede representar montos sustancialmente elevados que, a menudo, no se correlacionan con la prima inicialmente pagada por la cobertura del seguro.

En ese sentido, es necesario promover un equilibrio económico a favor de las aseguradoras que garantice los intereses empresariales del sector y simultáneamente proteja el patrimonio público. Por esto, se propone que en los procesos de responsabilidad fiscal, las indemnizaciones solicitadas a las aseguradoras se basen exclusivamente en el valor real del detrimento patrimonial, sin añadir indexaciones adicionales, esto significa que

el monto a pagar sería el correspondiente al valor del daño en el momento en que ocurrió, sin ajustes inflacionarios o de otro tipo y, en consecuencia, para garantizar que las primas reflejen adecuadamente los riesgos asumidos, es esencial revisar y, si es necesario, ajustar la estructura de primas, teniendo en cuenta el nuevo enfoque de no indexación.

De tal suerte, que el cambio cuyo beneficio conllevara a la reducción en la disparidad entre la prima pagada y el monto potencial de indemnización, promoviendo así la sostenibilidad financiera y operacional de las aseguradoras y aunque el monto indemnizado podría ser menor al actual (sin indexación), se espera que la claridad y predictibilidad del proceso mejore las relaciones contractuales con las aseguradoras, facilitando la cobertura de riesgos fiscales a futuro. Con lo anterior, se busca establecer un terreno más equitativo para todas las partes involucradas, priorizando la protección del patrimonio público y la estabilidad y viabilidad del sector asegurador.

3.5.3. Establecimiento de contragarantías por parte de funcionarios públicos y particulares al momento de expedir seguros a favor del Estado:

Este enfoque se fundamenta en el principio de que la responsabilidad fiscal tiene como uno de sus pilares esenciales la reparación del daño al patrimonio público. Este daño, para que pueda ser objeto de reparación, no solo debe ser cierto, sino que también debe ser cuantificable, y debe reflejar con precisión la magnitud real del perjuicio causado al Estado.

En el actual panorama, tras la identificación y confirmación de un hecho que genera un daño patrimonial, las contralorías disponen de un amplio margen, que puede extenderse hasta cinco años, para dar inicio formal al proceso de responsabilidad fiscal. Sin embargo, este plazo extenso presenta sus propias complejidades; no es raro que, durante este lapso, el individuo o entidad responsable fiscalmente y que está bajo fianza pueda fallecer. En tales circunstancias, si se llega a una resolución que dicta responsabilidad fiscal y, por ende, se declara a una aseguradora como tercero civilmente responsable, el panorama se complica aún más.

Los intentos de la aseguradora de recuperar los pagos de indemnizaciones se ven obstaculizados, en especial porque a diferencia de la acción directa de responsabilidad

fiscal, no pueden dirigirse contra los herederos del responsable fiscal fallecido²⁶⁹ o carecen de recursos para enfrentar la deuda.

Por estas razones, se debe fortalecer la posición de recuperación de las aseguradoras mediante la implementación de contragarantías exigidas a funcionarios públicos y particulares que gestionan fondos estatales, sin importar el monto del riesgo a asegurar, tales como garantía hipotecaria, prenda sobre activos o cualquier otro mecanismo financiero o patrimonial que ofrezca seguridad a la aseguradora en caso de requerir ejecutar la garantía. No obstante, previamente las aseguradoras deberán llevar a cabo un proceso de evaluación de solvencia del tomador, asegurando que la contragarantía propuesta sea suficiente y ejecutable.

Beneficio que mejorara la capacidad de recuperación de montos indemnizados, reduciendo el impacto financiero y asegurando la sostenibilidad de su operación. A su vez, promueve una mayor responsabilidad y conciencia por parte de los funcionarios y particulares al manejar recursos públicos, reduciendo potencialmente actos de mala gestión o corrupción, buscando así, instaurar un sistema más robusto y equitativo que proteja tanto a las aseguradoras como al patrimonio público, incentivando una administración transparente y eficiente de los recursos estatales.

En conjunto, estas propuestas representan un paso hacia un sistema más equilibrado, justo y eficiente. A través de su implementación, podemos esperar un mercado asegurador más resiliente, una administración pública más responsable y, en última instancia, una sociedad que confía en que sus recursos y patrimonios están adecuadamente protegidos y gestionados.

²⁶⁹ LEY 610 DE 2000. Artículo 19. Muerte del implicado y emplazamiento a herederos. En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.

Conclusiones

El presente trabajo ha explorado a profundidad la compleja relación entre la institución jurídica de la prescripción, el contrato de seguro y el proceso de responsabilidad fiscal en el contexto jurídico colombiano. A lo largo de este estudio, hemos examinado las implicaciones legales y las interpretaciones divergentes de los plazos prescriptivos aplicables en esta esfera, identificando una clara antinomia jurídica que ha generado incertidumbre en el sector asegurador y reasegurador; además, hemos analizado cómo la teoría de la constitucionalización del Derecho Privado y la función social que emerge del negocio contractual del seguro pueden aportar claridad a este debate.

En un principio, se estableció que la prescripción es una figura legal fundamental en los ordenamientos jurídicos, su objetivo principal es brindar certeza y estabilidad a las relaciones jurídicas al limitar el tiempo durante el cual una acción legal puede ser ejercida. Por tanto, la prescripción cumple una función esencial al prevenir que los derechos y las acciones se presenten indefinidamente en el tiempo, lo que podría generar caos y ambigüedad en el sistema legal.

En el contexto específico del contrato de seguro, la prescripción desempeña un papel crucial. Los contratos de seguro son acuerdos legales que brindan protección financiera en caso de eventos adversos. Estos contratos involucran a dos partes: el asegurador, que asume el riesgo y proporciona la cobertura, y el asegurado, que paga una prima y busca protección. De tal suerte, que la prescripción establece un límite temporal dentro del cual el asegurado debe presentar cualquier reclamación relacionada con el seguro, esto es esencial para garantizar que las compañías de seguros puedan calcular adecuadamente sus reservas y planificar sus operaciones financieras.

Sin embargo, la complejidad surge cuando se trata de la vinculación de las aseguradoras como terceros civilmente responsables en los procesos de responsabilidad fiscal. Esta acción es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, que busca salvaguardar el patrimonio público al imponer sanciones a sus funcionarios y particulares que causen un detrimento patrimonial debido a una mala administración de los recursos estatales, por acción u omisión.

De ahí, que la prescripción se convierte en un tema de debate fundamental, ya que la controversia gira en torno a la pregunta de si los términos prescriptivos fijados por el artículo 1081 del Código de Comercio, son aplicables a todas las acciones que pueda emprender el asegurado o beneficiario del seguro para obtener el pago de una indemnización, o si por el contrario existen excepciones. En un principio nuestro ordenamiento jurídico parece indicar que sí, pero existe una remisión explícita al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, en el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción, lo que sugiere un plazo prescriptivo más largo. Esta contradicción ha llevado a un conflicto legal y ha creado un ambiente de incertidumbre entre los sujetos que intervienen en esta clase de acción administrativa.

Para responder, se revisó la jurisprudencia y la doctrina especializada que revela una falta de consenso sobre este tema. Algunos argumentan que el plazo prescriptivo de dos (2) años del artículo 1081 del Código de Comercio debe aplicarse en virtud de la naturaleza contractual del seguro; mientras que otros, sostienen que el plazo de cinco (5) años de la Ley 610 de 2000 es más adecuado, ya que se refiere específicamente a la responsabilidad fiscal.

En un esfuerzo por resolver esta controversia, hemos explorado diferentes enfoques y teorías legales. Uno de ellos fue examinar los criterios jerárquicos, cronológico y de especialidad de las normas desarrollado por la Teoría General del Derecho, para en un principio definir el debate, determinado que el criterio de especialidad emerge como el más apropiado para resolver este conflicto normativo. Esta elección se sustenta en la consideración de que el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción aborda de manera específica y detallada la prescripción en el contexto de responsabilidad fiscal, estableciendo un término concreto para la acción de reclamación. Por otro lado, el artículo 1081 del Código de Comercio presenta una disposición más general sobre la prescripción

en el marco de los contratos de seguro. La especialidad y detalle con los que el artículo 120 regula esta situación llevan a la conclusión de que prevalece sobre el artículo 1081 para el caso en particular, en una interpretación armónica de ambas disposiciones.

No obstante, es importante reconocer que la solución planteada en este trabajo no está exenta de desafíos y cuestionamientos, más aún, cuando la resolución de antinomias no solo requiere un entendimiento profundo de los criterios tradicionales, sino también una apertura a enfoques contemporáneos y principios fundamentales que pueden aportar una perspectiva renovada. Es por ello, que reforzamos nuestra hipótesis haciendo uso de la teoría de la constitucionalización del Derecho Privado, que sostiene que esta área del derecho debe estar en consonancia con los principios y valores constitucionales. Desde esta perspectiva, se argumenta que la elección del plazo prescriptivo debería considerar la protección del patrimonio público como un valor constitucional importante, toda vez que se demostró que el contrato de seguro juega un papel importante en la protección del erario y, en consecuencia, del bien común, por lo que un plazo más largo es necesario para garantizar una defensa efectiva de los recursos públicos, de manera que este enfoque respalda la aplicación del plazo de cinco (5) años que dispone el artículo 120 del Estatuto Anticorrupción.

Para reforzarlo lo anterior, hemos considerado la función social que emerge de los negocios jurídicos entre particulares, un principio que se ha vuelto cada vez más relevante en el derecho colombiano y que enfatiza que los contratos deben tener en cuenta no solo los intereses privados de las partes, sino también el interés general y social. Razones por las cuales sostenemos que la aplicación del quinquenio como término prescriptivo de la acción que deriva del del seguro a instancia del proceso de responsabilidad fiscal es coherente, al garantizar una mayor protección del patrimonio público.

Ahora bien, a medida que se avanzó en este estudio, quedó claro que la resolución de esta cuestión es fundamental para proporcionar certeza y seguridad jurídica a todas las partes involucradas, particularmente la industria aseguradora que al imponer plazos que superan ampliamente los establecidos de forma general, se traduce en una carga financiera significativa para el sector, especialmente cuando se trata de riesgos fiscales vinculados a la responsabilidad fiscal, pues como se indicó en el capítulo III, la aseguradora no deberá asumir el riesgo en favor del Estado por un quinquenio sino por una década; toda vez, que

para todos los efectos, se deberá tener en cuenta, primero, el término de caducidad de la acción fiscal que son de cinco (años) contados a partir del hecho generador del daño hasta el auto que declare abierto el proceso formalmente.

Es así como, para ensayar corregir esta situación, se propusieron tres medidas que podrían contribuir a nivelar la carga contractual del asegurador, aclarando que las mismas, en este producto, son simplemente enunciativas. Para el efecto, en primer lugar, se deberán fijar tasas especiales para el cobro del valor de la prima, considerando la alta probabilidad de materialización del riesgo fiscal debido a la corrupción. En segundo lugar, limitar el pago de la indemnización al valor del detrimento patrimonial sin indexación, garantizando así una cuantificación realista del daño frente al valor asegurado y la prima pactada al momento de expedir la póliza de seguro. Finalmente, exigir contragarantías a los funcionarios públicos y particulares que manejan recursos públicos, para facilitar el recobro efectivo del valor indemnizado a favor de las contralorías.

En suma, habiéndose establecido claramente que la prescripción que debe operar en relación con el contrato de seguro, cuando es reclamado a instancia del proceso de responsabilidad fiscal es de cinco (5) años, y que ello puede generar un desequilibrio contractual, será el legislador como las autoridades pertinentes la que deban intervenir para reevaluar y modificar los términos contractuales del seguro expedido a favor del Estado. Esta acción no solo beneficiaría a las aseguradoras, sino que también fortalece la garantía de recobro en virtud del derecho de subrogación a favor del asegurador. Así, entonces, se logrará un equilibrio más justo y sostenible en las relaciones contractuales entre las partes, que contribuirá en la estabilidad y eficacia del sistema legal y al funcionamiento equitativo del sector de seguros y reaseguros en Colombia.

Bibliografía

AGÜERO SAN-JUAN, Sebastián. Las antinomias y sus condiciones de surgimiento. Una propuesta para los enunciados normativos. [en línea] En: Revista de Derecho Valdivia. Volumen 28. No. 2 (diciembre 2015). pp. 31-46. [consultado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200002>.

AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002. pp. 403-525.

ALESSANDRI R. Arturo; SOMARRIVA U. Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Tratado de derecho civil: partes preliminar y general, Volumen 2. [en línea] Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998. p. 121. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: file:///C:/Users/ksuarez/Downloads/Somarriva_M_Alessandri_A_Tratado_de_Dere.pdf.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DERECHO DE SEGUROS. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro VI Encuentro Nacional. Medellín: Skandia, 1980. p. 41.

BENEDETTI TIMM, Luciano. La Función Social del Derecho Contractual en el Código Civil Brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficacia Económica. [en línea] En: Revista de Instituciones Ideas y Mercados No. 52. (mayo 2010). pp. 5-51. [consultado el 20 de

mayo de 2020] Disponible en:
http://www.eseade.edu.ar/files/riim/RIIM_52/52_1_benetti_timm.pdf.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2013. pp. 39-82.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana. El principio de solidarismo como límite a la autonomía privada. [en línea] En: Revista Jurídicas. No. 114 (julio-diciembre 2016). pp. 60-70. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en:
[http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13\(2\)_5.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas13(2)_5.pdf).

BERNAL-FANDIÑO, Mariana. El solidarismo contractual -Especial Referencia al Derecho Francés-. [en línea] En: Revista Vniversitas. No. 114 (julio-diciembre 2007). pp. 15-30. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en:
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14588>.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Quinta Ed. Colombia: Ed. Temis, 2019. pp. 3-17.

BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Nuevo control fiscal y proceso de responsabilidad fiscal. Acto Legislativo 04 de 2019, Decreto-Ley 403 de 2020. 2da Edición. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2022, p. 593.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE, Ana Inés. Principios jurídicos del seguro. 3ra Ed. Bogotá. D.C.: Editorial Temis, 1996.

CABANZO VILLAMIZAR. Ana María. El seguro de cumplimiento. Bogotá, D.C.: tesis (abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 1987. p. 27.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 3 de octubre de 1995. Radicado No. 732. C.P. Javier Henao Hidrón.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Expediente No. 250002324000-2004-00529-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 15 de abril de 2010. Expediente No. 66001-23-31-003-2006-00102-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 17 de junio de 2010, Expediente No. 68001-23-15-000-2004-00654-01. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 15 de agosto de 2013. Expediente No. 50001-23-31-000-2003-00085-02. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Expediente No. 25000-2324000-2006-00428-01. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Expediente No. 2500023-24-000-2005-01533-01. C.P: María Claudia Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de mayo de 2016. Exp. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01. C.P. María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 11 de octubre de 2019. Expediente No. 2500023-24-000-2007-00459-02. C.P: María Claudia Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia 22 de octubre de 2020. Expediente No. 2500023-41-000-2013-02417-01. C.P: Hernando Sánchez Sánchez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de agosto de 2011. Expediente: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316). C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de marzo de 2023. Expediente No. 67240. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 17 de junio de 2018. Expediente No. 25000-23-24-000-2009-00287-02. C. P. Alberto Yepes Barreiro.

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL META. Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. Fallo con responsabilidad fiscal No. 016 del 29 de diciembre de 2017. Expediente No. 3113.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Circular No. 82113- 001199 del 19 de junio de 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. EE17323 del 1 de abril de 2005.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. 2011EE87065 del 11 de noviembre de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto No. 2015IE0118887 del 17 de diciembre de 2015.

CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA. Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal. Fallo con responsabilidad fiscal No. 074 del 12 de julio de 2018. Expediente No. 623 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. Expediente No. T-778. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-529 del 26 de noviembre de 1993. Expediente No. D-281. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-240 de 23 de junio de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-167 del 20 abril de 1995. Expediente No. D-754. M.P. Fabio Moron Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU.620/96 del 13 de noviembre de 1996. Expediente No. T-84714. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998. Expediente No. D-2026. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-113 del 24 de febrero de 1999. Expediente No. D-2151. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001. Expediente No. D-3389. M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 del 26 de febrero de 2002. Expediente No. D-3660. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002. Expediente D-3918. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003. Expediente D-4099 y 4116. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL COLOMBIA. Sentencia T-520 del 26 de junio de 2003. Expediente No. T-620041. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-820 de 4 de octubre de 2006. Expediente D-6224. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-836 del 20 de noviembre de 2013. Expediente No. D-9607. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-934 del 11 de diciembre de 2013. Expediente D-9661. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-451 del 16 de julio de 2015. Expediente No. D-10563. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016. Expediente No. D-11213. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 del 26 de septiembre de 2018. Expediente D-11871. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-140 del 6 de mayo de 2020. Expediente D-13517. M.P. José Fernando Leyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-090 del 10 de marzo de 2022. Expediente D-13782. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 del 10 de marzo de 2022. Expediente No. D-14.197. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 24 de enero de 1994. Expediente No. 4045. MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Gaceta Judicial CCXXVIII. No. 2467. Bogotá. D.C. 1994, pp. 22-33. [consultado el 16 de abril de 2022] en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CCXXVIII%20Vol.%201%20n.%202467%20\(1994\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20CCXXVIII%20Vol.%201%20n.%202467%20(1994).pdf).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 30 de noviembre de 1994, expediente No. 4438, MP. Pedro Lafont Pianetta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. Expediente No. 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 2001. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 31 de julio de 2002, expediente 7498.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de febrero de 2007. Expediente No. 68001-31-03-001-1999-00749-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC17213-2017 del 20 de octubre de 2017. Expediente T-7600122030002017-00537-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negociaciones Generales. Sentencia del 31 de octubre de 1950. MP. Rafael Leiva Charry. Gaceta Judicial LXVIII. No. 2086. Bogotá. D.C. 1951, pp. 488-492. [consultado el 16 de abril de 2022] en: [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXVIII%20n.%202087-2095%20\(1950-1951\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXVIII%20n.%202087-2095%20(1950-1951).pdf)

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. pp. 37 y ss.

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. La responsabilidad fiscal y su incidencia en los seguros. [en línea] En: Revista Iberoamericana de Seguros. Volumen 40. No. 23 (enero-junio 2014), pp. 161-204. Consultado el 19 de mayo de 2020] Disponible en: <https://app-vlex>.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Responsabilidad contractual de la administración pública. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 1989, p. 165.

ESCRICHE MARTÍN, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. [en línea] París: Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851. pp. 174-1368. [citado 10 de octubre de 2020] Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9337>.

FONCESA JARAMILLO, Claudia. La prescripción extintiva y la caducidad. [en línea] En: Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes. No. 31 (enero 2004), p. 181-210. [citado 10 de octubre de 2020] Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/47399>.

GALINDO VACHÁ, Juan Carlos. Temas relevantes de la responsabilidad fiscal y del Derecho de Seguros. -Crítica de las posturas asumidas por la Contraloría General de la República-. En: JARAMILLO J, Carlos Ignacio; JARAMILLO SALGADO, Patricia y RAMÍREZ BERNAL, Sandra. Derecho de Seguros y Reaseguros. LIBER AMICORUM

en homenaje al profesor Arturo Díaz Bravo. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, AIDA. Editorial Ibáñez, 2015. pp. 491-533.

GÓMEZ DUQUE, Arturo. Régimen de seguros. El contrato de seguro parte general. Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké. 2014. pp. 567-585, 597-615.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos. Primera Edición. Bogotá: Legis Editorial, 2014. pp. 215-391.

GRANADOS-DÍAZ. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 359-380.

GUERRIERO, Ángel Hugo. Diccionario de Derecho Romano. Valleta Ediciones S.R.L., 2008. p. 346.

GUASTINI, Riccardo. Problemi di Interpretazione en Lefonti del diritto e l'interpretazione. (Traducción al castellano de Miguel Carbonell) [en línea] En: Isonomía. No. 7 (octubre 1997). p. 121-131. [consultado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/problemas-de-interpretacin-0%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/problemas-de-interpretacin-0%20(1).pdf).

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 84.

HERNÁNDEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho Constitucional Chileno. [en línea] En: Revista Estudios Constitucionales. Volumen 11. No. 1 (2013), pp. 459-476. [consultado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100012>.

HINESTROSA, Fernando. Función, límites y cargas de la autonomía privada. [en línea] Revista Derecho Privado No. 26 (enero – junio 2014), p. 5-39. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n26/n26a01.pdf>.

HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. pp. 55-63.

HINESTROSA, Fernando. La prescripción extintiva. En: PLAZAS VEGA, Mauricio *et al.* Derecho Civil y Comercial -Doctrina-. Bogotá. Ediciones Rosaristas, 1999. pp. 505-574.

HINESTROSA, Fernando; CORTÉS, Édgar y MASSIMO, Bianca. Derecho Civil 3. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 54-55.

HUERTA OCHOA, Carla. Conflictos normativos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003. p. 50.

ITURRALDE SESMA, Victoria. Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas. [en línea] En: Anuario de Filosofía del Derecho, 1987 pp. 331-354. [citado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1987&faSC=.

JARAMILLO. J, Carlos Ignacio. Derecho de Seguros: estudios y escritos jurídicos. Tomo IV. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2013.

LEY 84 DE 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

LEY 42 DE 1993. Diario Oficial No. 40.732 del 27 de enero de 1993.

LEY 610 DE 2000. Diario Oficial No. 44.133 del 15 de agosto de 2000.

LEY 1474 DE 2011. Diario Oficial No. 48.128 del 12 de julio de 2011.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. 4ª Edición. Bogotá, D.C.: Editorial DUPRE, 2004.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al contrato de seguro. 7ª Edición. Bogotá, D.C.: DUPRE Editores, 2022.

LAURENT, François. Principios de Derecho Civil Francés. Tomo I. [en línea] México D.F.: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de México, 2008. pp. 334-359. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <https://www.ilustracionjuridica.com/producto/principios-de-derecho-civil-frances-francois-laurent-pdf/>

MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. [en línea] En: Revista Chilena de Derecho Privado. No. 16 (julio 2011). pp. 187-241. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000100006>.

MARÍN JIMÉNEZ, Jonathan David. Un acercamiento a la función social de la propiedad. [en línea] En: Revista Estudiantil de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 4 (enero-junio 2020), pp.1-17. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <https://red.uexternado.edu.co/un-acercamiento-a-la-funcion-social-de-la-propiedad#:~:text=%E2%80%9CLa%20funci%C3%B3n%20social%20de%20la,las%20personas%20que%20la%20poseen>.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Conflictos normativos. [en línea] En: RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica y FRABRA ZAMORA, Jorge Luis. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015. p. 1309. [consultado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/16.pdf>.

MEDELLÍN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Decimoséptima Edición. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2013. p. 241.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Acta No. 83 del 7 de abril de 1970.

MOMBERG U., Rodrigo. El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos. [en línea] En: Revista Opinión Jurídica. Volumen. 13. No. 26 (julio-diciembre 2014), pp. 165-167. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a11.pdf>.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Bogotá: Ed. Temis, 1980. pp. 200-220.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. Tercera Ed. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. pp. 576-614.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Octava Edición. Bogotá, D.C: Editorial Temis, 2019. p. 465.

OSPINA MONTOYA, Carlos Emilio. El seguro de cumplimiento en Colombia. Bogotá, D.C.: Orión Editores Ltda., 2014.

OROZCO PARDO, Guillermo. De la prescripción extintiva y su interrupción den el Derecho Civil. Granada: Ed. Comares, 1995. pp. 1-144.

OSSA GÓMEZ. J. Efrén. Teoría General del Seguro – El contrato. Ensayo de interpretación del Título V, Libro cuarto, del Código de comercio de la República de Colombia. Volumen 2. Bogotá: Editorial Temis, 1984. pp. 66-442.

PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix Ma. Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penales. Especial consideración de la problemática surgida en el Derecho Romano a través de dos aportaciones fundamentales. [en línea] En: Revista de Derecho UNED, No. 2 (2007). pp. 435-444 [consultado el 25 de mayo de 2020] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2486050>.

PEREIRA FREIDES, Esteban. Fuerza Obligatoria y Función Social del Contrato: Un Estado en la Cuestión de Brasil y Chile. [en línea] En: Revista Latinoamericana de Estudios Legales. Vol. 1. (septiembre 8 de 2017). pp. 64-100. [Consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <http://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/3>.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010. p. 72.

REDONDO, Cristina. Lógica y concepciones del derecho. [en línea] En: Revista Isonomía. No.13. (2000), pp. 35-54 [citado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140502182000000200035&lng=es&nrm=iso.

ROBLEDO VALLEJO, Laura. La prescripción en el seguro de cumplimiento en Colombia. [en línea] En: Revista RIS. No. 24 (enero-julio 2015), pp. 91-109. [citado el 19 de mayo de 2020] Disponible en: <file:///C:/Users/User/OneDrive%20-%20solidaria.com.co/Investigaci%C3%B3n/Textos%20investigaci%C3%B3n/Prescripci%C3%B3n%20del%20seguro/La%20prescripci%C3%B3n%20del%20seguro%20de%20responsabilidad.pdf>

RODRÍGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Lecciones de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva. Serie de conocimiento prácticos Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011. Doctrina y jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial ABC, 2018, p. 34.}

ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. Los presupuestos procesales en el derecho procesal administrativo. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2021. p. 13.

ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. El control automático de leglidad de los fallos con responsabilidad fiscal: Crónica de una derogatoria anunciada. En: Balance, reforma y perspectivas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en su décimo aniversario. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia. Serie Derecho Administrativo No. 36, marzo

2022. pp. 296-325. [consultado el 18 de octubre de 2023] Disponible en: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/b3c729e4-a51f-4b9c-ba7d-cb3b2ed649de/content>.

RUIZ MANERO, Juan. Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre. sobre el trasfondo de la Teoría Pura del Derecho y sobre lo que queda de ella. [en línea] En: DOXA. A los cincuenta años de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011. p. 37-46. [consultado el 19 de octubre de 2020] Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32630/1/Doxa_33.pdf.

SIGNORINO BARBAT, Andrea. Los Seguros de Responsabilidad Civil de directores y gerentes: la utilidad que brinda su cobertura. [en línea] En: RIS. No. 39 (julio-diciembre 2013), pp. 13-26. [citado el 19 de mayo de 2020] Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11263/9973>

SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. [en línea] En: Revista Vniversitas. No. 129 (2014). pp. 321-327.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Vol. II. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2013, p. 326.

THOMAS ARIAS, Antonio Emiro. Nuevo régimen de prescripción civil. [en línea] En: Revista Vniversitas. Vol. 52. No. 105 (abril 2003). pp. 211-230. [consultado el 10 de octubre de 2020] Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14846>

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando. De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. [en línea] En: Revista Estudio Socio-jurídicos. Volumen 19 No. 2 (junio 2017) pp. 13-61. [consultado el 20 de mayo de 2020] Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. Sala Civil.
Sentencia del 13 de septiembre de 2010. Expediente No. 110013103040200300577
01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora.

VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Octava edición actualizada.
Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2000. pp. 319.

YOUNES MORENO, Diego. Derecho del control fiscal. Vigilancia para una gestión transparente de lo público. 5^{ta} Ed. Actualizada. [en línea] Grupo Editorial Ibáñez, Academia Colombiana de la Abogacía, Asociación Mundial de Transparencia, 2006. p. 55. [consultado el 17 de agosto de 2022] en: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=EFB9Z51swYoC&oi=fnd&pg=PA3&dq=diego+younes+moreno+R%C3%A9gimen+del+control+fiscal+y+del+control+interno&ots=RPPFSnhzDY&sig=gDZLvP6ka190-lq1DWVN2ljOSKo#v=onepage&q=diego%20younes%20moreno%20R%C3%A9gimen%20del%20control%20fiscal%20y%20del%20control%20interno&f=false>.