



Radicado No: 20101100060271

Fecha: 25-10-2010

Bogotá D.C.,  
110.048.2010

**Devolver Copia Firmada**

44 21909655-00

02 NOV 2010

Doctora  
**MARLLY MOYA MENESES**  
Directora Técnica de Responsabilidad Fiscal  
Contraloría Municipal de Ibagué  
Calle 9 No. 2 – 59  
Ibagué Tolima

Ref.: Respuesta a consulta elevada mediante Rad.  
2010-218-005027-2

Respetada Doctora Marilly:

De manera atenta doy respuesta a su comunicación del asunto en la cual nos plantea varios interrogantes relacionados con la vinculación de las aseguradoras dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

• **Consideración Preliminar**

Antes de proceder a dar respuesta a su interrogante, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos compete adelantar un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar a ser objeto de vigilancia, razón por la cual, emitimos pronunciamientos de carácter general y abstracto.

• **Lo que se Consulta**

De acuerdo a su solicitud radicada con el número de la referencia, se consulta:

*[Handwritten signature]*  
Nov. 2/10

29 OCT 2010

1. "A las aseguradoras que se vinculan como tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal se debe aplicar la prescripción contenida en el artículo 1081 del código de comercio o la establecida en el art. 9 de la Ley 610 de 2000".
2. En caso de que sea la contemplada en el artículo 108 del código de comercio, ¿Cuál se debe aplicar la ordinaria o la extraordinaria?".
3. Si fuese la prescripción ordinaria a partir de que oportunidad o término debe contabilizarse ¿puede ser del auto de apertura? o la fecha en que se estipuló en la auditoría la ocurrencia del hecho o ¿desde que término?".
4. Si fuese la prescripción extraordinaria a partir de qué oportunidad o término debe contabilizarse ¿puede ser desde el auto de apertura? o la fecha en que se estipuló en la auditoría la ocurrencia del hecho o desde que esta en ejecutoria el fallo de responsabilidad fiscal o ¿desde que término?".
5. La prescripción consagrada en el art 1081 del código de comercio y en el art 9 de la ley 610 de 2000 ¿le es aplicable la suspensión de términos?, si es procedente en qué casos"
6. Teniendo en cuenta que la prescripción debe ser propuesta o alegada por la parte interesada, se puede acceder a dicha solicitud estando el proceso para surtir auto de archivo o notificación de auto de archivo.
7. Según la ley 1395 en su Artículo 114 estipula "Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos."

Respecto de los procesos de responsabilidad fiscal en los cuales las aseguradoras que han solicitado aplicación de la prescripción sustentada en dos fallos del Consejo de Estado : sala de lo contencioso administrativo sección primera radicado No. 68001123150020040065401, de fecha 17 de junio de 2010, y el otro en sentencia del 18 de marzo de 2010 expediente 200400529.01 cuyo consejero ponente fue RAFAEL E OSTEAU DE LA FONT PIANETA respectivamente.

¿Debe las oficinas o direcciones de responsabilidad fiscal en donde se conocen los procesos de responsabilidad fiscal aplicar esta norma y de ser así, se debe solicitar a los peticionarios la prescripción, los cinco fallos análogos que establece la norma en comentario?"

### 3. Consideraciones de la Oficina Jurídica

En principio es necesario hacer las siguientes precisiones:

Al hablar de prescripción dentro de un proceso de responsabilidad fiscal han de tenerse en cuenta dos preceptos legales, el primero es el consagrado en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, que 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, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.*

Y el segundo, el contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio:

*“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.”*

Así mismo, es necesario precisar que la vinculación de las compañías aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal se hace en cumplimiento del artículo 44 de la Ley 610 de 2010, el cual establece que: *“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”*

Respecto del artículo antes citado la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del mismo en varias oportunidades se ha pronunciado en el

sentido de precisar que *"Cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.*

*La vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público."*<sup>1</sup> (Subrayado fuera del texto original)

Lo anterior, para precisar que las normas que regulan el proceso de responsabilidad hacen parte del control fiscal definido en la Constitución Política y por ende tienen el carácter de función pública mediante la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Ahora bien, respecto de cuándo aplicar la prescripción ordinaria o extraordinaria, no puede darse un mandato general o regla única de hermenéutica para examinar las diversas hipótesis en que puede encontrarse la autoridad fiscal al examinar la responsabilidad de una compañía de seguros. Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de Mayo del año 2000<sup>2</sup>, hizo un examen de la problemática, y plasmó una serie de criterios que el intérprete debe considerar para efectos de la aplicación del instituto de la prescripción derivada del contrato de seguro.

En cuanto a efectos de determinar qué consecuencia se le aplicará a uno u otro evento, en términos del artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción ordinaria, que podrá ser aducida por el asegurador frente al interesado (tomador, asegurado ó beneficiario, quien tenga el derecho a ser indemnizado) se contará

<sup>1</sup> Sentencia C-648 de 2002 Corte Constitucional

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 3 de mayo de 2000, proceso ordinario de Maritza Guerrero de Álvarez y Elvira Calderón contra Aseguradora Grancolombiana S.A., MP Dr. Nicolás Bechara Simancas

desde cuando éste, tuvo conocimiento o debió tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro.

La prescripción extraordinaria corre, como lo dice la norma, contra toda clase de personas, y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. El término de cinco años debe computarse desde el mismo momento en que nace el derecho, es decir del siniestro para el caso del asegurador, pero sin la condición fijada por el primer inciso, es decir la exigencia del conocimiento del interesado.

En cuanto a la oportunidad en que debe aplicarse la prescripción extraordinaria o la ordinaria es preciso indicar que cada una de ellas tiene una aplicación particular, tal y como lo definió el mismo artículo 1081. Existen diferentes momentos:

*Para la prescripción ordinaria: Desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*Para la prescripción extraordinaria: Desde el momento en que nace el respectivo derecho.*

Obsérvese que ninguna circunstancia procesal puede constituir el inicio del término de la prescripción.

El inicio de la prescripción está referido legalmente a la relación asegurativa, y se enmarca desde el momento en que el interesado (tomador, asegurado o beneficiario) hubiere tenido conocimiento, en este caso de la ocurrencia del siniestro, para la prescripción ordinaria, y desde el momento en que nace el respectivo derecho –que puede ser el mismo siniestro–, respecto de cualquier persona, tomador, asegurado, beneficiario, e incluso incapaces.

De otra parte, respecto de si aplica la suspensión al término de prescripción, se precisa que, para que pueda acontecer esta circunstancias, se requiere que esté contemplada expresamente por el legislador. En el Código de Comercio no existe consagrado ningún evento de suspensión de la prescripción en lo que atañe al derecho de seguros.

La única figura que podría paralizar la prescripción es la interrupción, que únicamente se logra, bien con la expedición del acto administrativo de declaración del siniestro por parte de la entidad pública beneficiaria del seguro, por la reclamación judicial formulada contra la compañía de seguros, o bien con el fallo ejecutoriado de responsabilidad fiscal.

Finalmente, respecto de la inquietud relativa al artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, en el sentido de si procede la aplicación del mecanismo del precedente judicial en procesos de responsabilidad fiscal.

Como se trata de una disposición procesal, que le otorga competencia a las entidades públicas para tomar determinaciones administrativas respecto a peticiones y expedición de actos administrativos, en mi criterio no procede esa figura del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, porque los procesos de responsabilidad fiscal no se encuentran enlistados en dicha disposición.

En este punto es necesario precisar además que de acuerdo con lo establecido en el artículo 4o. de la Ley 153 de 1987, por medio de la cual se dictan las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, se establece que los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia Sentencia T-409 de 1998 ha señalado:

*"La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado Kelsen al tratar del ordenamiento jurídico. De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden, entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.*

*Pero si la individualización de las normas legales, dada su generalidad (que a menudo deviene en ambigüedad), aparece problemática y generadora de inseguridad jurídica, más problemática e incierta resulta aún la actuación directa de las normas constitucionales a los casos particulares, por concurrir en ellas, superlativamente, las mismas notas distintivas advertidas en la ley.*

*Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo. (art. 241 C.P.)*

*Pero como la Constitución es derecho legislado por excelencia, quien aplica la Constitución aplica la ley, en su expresión más primigenia y genuina. Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude*

claramente otra disposición, el artículo 4° de la ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces. Así dice el mencionado artículo en su parte pertinente:

*"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos ..."* (Subraya de la Sala).

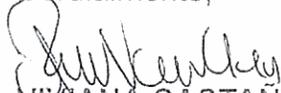
#### • Conclusiones

Así las cosas, esta oficina concluye que tal y como se señaló con anterioridad, respecto de la aplicación de la prescripción dentro de un proceso de responsabilidad será necesario que el ente de control que adelante el respectivo proceso, analice en forma detallada cada caso en particular con el fin de determinar si pretensiones presentadas por compañías de seguros son válidamente exigibles.

Así mismo, es pertinente enfatizar que respecto de la vinculación de la aseguradoras dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, los organismos de control deben disponer de los instrumentos y recursos necesarios de cara a la evaluación de las circunstancias que puedan dar lugar a la responsabilidad de las compañías de seguros e instruir a las entidades públicas vigiladas para que se inicien los trámites necesarios con el fin de obtener respuestas positivas de las aseguradoras, incluso antes de la iniciación de los procesos de responsabilidad o en su defecto remitir de manera ágil los hallazgos respectivos para iniciar muy rápidamente los procesos de responsabilidad fiscal y la vinculación de los implicados y garantes evitando la configuración del fenómeno de la prescripción.

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



VIVIANA CASTAÑEDA AYA

Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Zayra Silva G. Profesional Oficina Jurídica