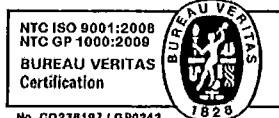




9²



110- 0233 - 2 0 9 3

Ibagué, 14 JUL 2014

Doctor:
CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Juridica
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Av. La Esperanza entre carreras 62 - 64. Ed. Gran Estación II, piso 10
costado occidental
Bogotá D.C.

REF: Solicitud Concepto

Respetado doctor Rodríguez.

TATIANA BORJA BASTIDAS, en mi condición de Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría Municipal de Ibagué-Tolima, Respetuosamente me permito solicitarle su valioso concepto en relación al siguiente tema:

"En materia de responsabilidad fiscal las compañías aseguradoras llamadas a responder dentro del proceso en calidad de tercero civilmente responsable, deben responder cuando la cuantía del daño es inferior al deducible pactado."

En caso de no responder cuando el daño o detrimento sea inferior al deducible pactado, que objeto tiene vincular a las aseguradoras en procesos de responsabilidad fiscal en dichas condiciones?

Son inembargables los dineros depositados en las cuentas bancarias de las aseguradoras, llamadas a responder en calidad de terceros civilmente responsables en procesos de responsabilidad fiscal y de cobro fiscal?

Atentamente,

TATIANA BORJA BASTIDAS
Jefe Oficina Asesora Juridica

RECIBI
18-07-2014
10:16

160274
10:59 5 JUL. 2014

"Ibagué Bajo Control, Compromiso de Todos"

25

Handwritten scribbles and marks in the top right corner.

(
(
(

(
(
(



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20141100036101

Fecha: 28-08-2014

Bogotá, D.C; 110-025-2014 *Y 505468 4538 CO*

SIA - ATC: 2014000462

Doctora
TATIANA BORJA BASTIDAS
Jefe Oficina Jurídica
Contraloría Municipal de Ibagué
Calle 9 No. 2 – 59
Ibagué, Tolima

Asunto: Respuesta Solicitud de concepto

Respetada Doctora Borja:

1. ANTECEDENTE

Mediante oficio con radicación No. 2014-233-003854-2 de 15 de julio de 2014, solicita se conceptué sobre los pagos que deben efectuar las compañías aseguradoras, específicamente sobre los siguientes interrogantes:

"En materia de responsabilidad fiscal las compañías aseguradoras llamadas a responder dentro del proceso en calidad de tercero civilmente responsable, deben responder cuando la cuantía del daño es inferior al deducible pactado".

En caso de no responder cuando el daño o detrimento sea inferior al deducible pactado, que objeto tienen vincular a las aseguradoras en procesos de responsabilidad fiscal en dichas condiciones?

Son inembargables los dineros depositados en las cuentas bancarias de las aseguradoras, llamadas a responder en calidad de terceros civilmente responsables en procesos de responsabilidad fiscal y de cobro fiscal?

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que en virtud de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, este órgano de control no se pronuncia de forma anticipada sobre toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas y que deban ser resueltas en desarrollo del respectivo proceso, sin perjuicio de las

29 AGO. 2014

facultades de advertencia que puedan ser emitidas en virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 5° del Decreto 267 de 2000. Por tal razón, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas que eventualmente puedan llegar a ser objeto de nuestra vigilancia, lo cual nos obliga a emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto, coherente con el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo ordenado por la Constitución Política de Colombia.

3. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURÍDICA

En primer lugar resulta necesario referirnos al contrato de seguro en el Código de Comercio Colombiano, partiendo de su artículo 1036 modificado por el artículo 1° de la Ley 389 de 1997, que describe las características de ese especial negocio jurídico: *“el seguro es un contrato consensual bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”*. Es decir, por su naturaleza está sometido al derecho privado, siendo consensual porque se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, bilateral porque origina derechos y obligaciones, oneroso en cuanto compromete al primero a pagar el siniestro y al segundo a reconocer el valor de la prima, es aleatorio porque se refiere a la indemnización de una pérdida o daño producido por un acontecimiento o hecho incierto, pues no se sabe si se va a producir.

Además, el contrato de seguros tiene unos elementos esenciales consagrados en el artículo 1046 del Código de Comercio, a saber: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador, si en uno de esos fundamentos, presenta un vicio o figura como ausente en la relación negocial, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

Por su parte, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, dispone: *“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.”*

Del texto de la norma transcrita surgen claros dos aspectos: la situación fáctica para vincular al proceso de responsabilidad fiscal, como tercero civilmente responsable, a una compañía de seguros y, la forma para efectuar la vinculación. El primero es la existencia de una póliza que ampare al presunto responsable, o al bien o contrato sobre el cual recaiga los hechos investigados. Y la segunda es la

comunicación del auto de apertura.

La Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 44 de la precitada Ley 610 de 2000, en sentencia C- 648 de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Treviño, expresó:

"...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 garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. 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. Así, desde al perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

{...}

La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública."

Por otro lado, el numeral 3° del artículo 92 de la Ley 42 de 1993, establece que prestan merito ejecutivo *"las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal"*.

Además, el Consejo de Estado ha expresado que *"...puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna por conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal"*.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, consideramos respecto a sus primeras inquietudes, lo siguiente:

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.

No sobra recordar al respecto que del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios, es decir, la vinculación de la compañía de seguros está determinada por el riesgo amparado.

En materia de responsabilidad fiscal las compañías aseguradoras en calidad de terceros civilmente responsables deben responder conforme al valor de las pólizas cubiertos, según el contrato escrito. Es decir, la técnica del seguro consiste en el pago anticipado de los recursos que se invierten a largo plazo, fijándose las reservas especiales, las denominadas provisiones técnicas, que garantizan cuando ocurran eventos dañosos, el pago de las indemnizaciones por siniestro.

En este sentido, lo justo y lógico sería que a la Aseguradora debe pagar el valor del daño patrimonial, partiendo del supuesto que el riesgo está cubierto por la póliza, y condenar y exigir al responsable del detrimento patrimonial hasta el valor asegurado que pague el exceso por indexación. Para tales efectos, será menester examinar las condiciones particulares de la póliza, porque en esa parte del contrato se mencionan las coberturas brindadas por la compañía de seguros.

La autoridad fiscal no podrá ir más allá del valor asegurado en la determinación y pago de la compañía aseguradora, ni siquiera por concepto de indexación. Sin embargo, en algunas ocasiones, el valor de la pérdida patrimonial exigida a la aseguradora podrá incluir el valor de la indexación siempre que no se supere el valor asegurado, pero cuando se pretenda una indexación por encima del valor asegurado, éste valor se le podrá exigir al responsable del daño pero no a la aseguradora.

Ahora bien, también puede suceder que el valor del detrimento patrimonial en un caso dado resulta mayor del valor pagado por la compañía de seguros, precisamente por la limitación que hubiere tenido el valor asegurado. En este caso, el proceso se tendrá que dirigir a la consecución del pago del responsable, y la compañía de seguros tendrá que ser desvinculada del proceso o mantenerse en él pero sin una mayor condena.

Sin embargo, si no se ha efectuado el pago o se ha hecho un pago parcial, sea por razón de la objeción de la reclamación, o fuere por que la aseguradora considera en el curso de la actuación administrativa que no encuentra acreditado el siniestro, o cuando hay discusiones respecto del valor de la indemnización, en esas circunstancias la vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal resulta procedente.

Por último, sobre la inembargabilidad de los dineros depositados en las cuentas bancarias de las aseguradoras, llamadas a responder en calidad de terceros civilmente responsables, consideramos que estas medidas cautelares proceden respecto de las compañías de seguros, pues, estas compañías a pesar que responden conforme a las pólizas vigentes al momento de ocurrir el detrimento patrimonial, si no han cancelado la indemnización o la han cancelado en forma parcial, existiría legitimación de la autoridad fiscal para que a través de medidas precautelativas se garantice el pago correspondiente.

Ahora bien, estas medidas cautelares deben decretarse dentro del proceso de cobro coactivo, en el entendido que existe un acto complejo constituido por el mandamiento de pago y la correspondiente póliza, existiendo por tanto una obligación clara, expresa y actualmente exigible, lo que impone la imperiosa necesidad de decretarlas para recuperar los daños ocasionados al patrimonio público.

En efecto, el Estado ha previsto a los seguros como un mecanismo previsto por la ley, para proteger el patrimonio público, de los perjuicios que se causen a una entidad estatal a causa del incumplimiento de las obligaciones del contratista.

De esta forma, de manera general y abstracta esperamos haber orientado sobre el interrogante planteado, reiterándole que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del CPACA, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



CESAR MAURICIO RODRIGUÉZ AYALA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: RAM

