



**Radicado No: 20221100033571**

**Fecha: 28-09-2022**

Bogotá D.C.,  
110

Señor

**JUAN DAVID URIBE ROJAS**

[judaurre@gmail.com](mailto:judaurre@gmail.com)

Carrera 1 A Sur No.42A – 02  
Ibagué, Tolima

Referencia: Concepto 110.072.2022  
SIA-ATC. 012022000631

*Temas: (i) De los procesos de responsabilidad fiscal; (ii) De la figura del garante en procesos de responsabilidad fiscal; (iii) De los contratos de seguros bajo modalidad de Claims Made en procesos de responsabilidad fiscal.*

Respetado Doctor Uribe Rojas:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, mediante el Sistema Integral de Auditoría – Atención al Ciudadano del miércoles, 17 de agosto de 2022, bajo radicado 20222330017722 y SIA-ATC. No. 012022000631, en el que hace las siguientes solicitudes:

«(...) concepto sobre la vinculación de compañías aseguradoras al proceso de responsabilidad fiscal, cuando la misma se realiza en virtud de pólizas expedidas mediante la modalidad CLAIMS MADE.

¿Puede considerarse tercero civilmente responsable dentro de un proceso de responsabilidad fiscal una aseguradora en virtud de la expedición de una póliza bajo la modalidad claims made o por el contrario, dicha modalidad es ajena a la responsabilidad de las aseguradoras respecto a los procesos de responsabilidad fiscal? »

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...» (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos a abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

### 1. De los procesos de responsabilidad fiscal

El ejercicio del control fiscal en Colombia es una atribución dada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, emanada de la Constitución Política, que en su artículo 267, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

«Artículo 267. 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»

Del mismo modo, el numeral 5 del artículo 268 superior, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 04 de 2019, da al Contralor General de la República la siguiente atribución:

«5. 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, para lo cual tendrá prelación.»

Misma que fue dada a las contralorías territoriales mediante el inciso sexto del artículo 272, en el que se prescribió:

«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.»

Dicho lo anterior, se tiene que mediante la Ley 610 de 2000, el legislador reguló lo pertinente al trámite de procesos de responsabilidad fiscal, definiendo el mismo, en su artículo primero, de la siguiente forma:

«Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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.»

## 2. De la figura del garante en procesos de responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000, contempló en los procesos de responsabilidad fiscal, la vinculación de la figura de garante en calidad de tercero civilmente responsable en su artículo 44, de la siguiente manera:

«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.»

La citada norma, fue objeto de análisis de constitucionalidad por la Corte Constitucional, en sentencia C-648 de 2002, precisando en cuanto a la participación de las aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, lo siguiente:

«En estas circunstancias, 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.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las 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.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

Por consiguiente, 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.» Subrayado por fuera del texto.

Por su parte, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 22 de febrero de 2018, Rad. 08001233100020100061201, concluyó:

«Es importante señalar que la vinculación de la compañía de seguros no se realiza en calidad de responsable fiscalmente, sino en calidad de tercero civilmente responsable, de forma que aquella pese a hacer parte del procedimiento y tener las mismas prerrogativas que tendrían las partes, no compromete su responsabilidad fiscal. R

Así pues, cuando se vincula a una compañía de seguros al procedimiento de responsabilidad fiscal, lo que se pretende es hacer efectivas las obligaciones adquiridas en el contrato de seguros previamente celebrado, de forma que la responsabilidad civil que del citado negocio jurídico se deriva se limita, exclusivamente, al riesgo amparado en la póliza.

(...)

Bajo este panorama, no cabe duda que la compañía de seguros en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal: i) está llamada como tercera civilmente responsable; ii) tiene las mismas prerrogativas que las partes y iii) su responsabilidad se limita a los riesgos amparados en la póliza y en los montos ahí establecidos.» (Subrayado fuera de texto)

En concordancia con los argumentos de las Altas Corporaciones, la Contraloría General de la República en concepto CGR-OJ-183-2018, indicó:

«La vinculación procesal de la compañía de seguros depende de la existencia de la póliza de seguro, el riesgo amparado, la cobertura, la suma asegurada, las exclusiones, etc. Elementos estos que están regulados por el respectivo contrato de seguro que ampare la responsabilidad de los gestores fiscales, el contrato estatal y/o el bien objeto de aseguramiento; es decir, de la existencia o no de la respectiva póliza y de los elementos mencionados se evaluará la pertinencia de la vinculación del respectivo garante, lo cual constituirá la motivación del acto procesal de vinculación.»

En ese sentido, teniendo en cuenta lo esbozado, se tiene que en los procesos de responsabilidad fiscal de manera general, procederá la vinculación de garante, como tercero civilmente responsable, cuando se encuentre amparado por póliza, el servidor público responsable de la gestión fiscal, el contrato con ocasión del cual se adelantada el proceso de responsabilidad fiscal o el bien afectado; así mismo el llamamiento a comparecer en el proceso se realizará en calidad de tercero civilmente responsable y dependerá del riesgo amparado, la cobertura, la suma asegurada, las exclusiones y demás factores que se hayan considerado al momento de suscribir la póliza.

### 3. De los contratos de seguros bajo modalidad de Claims Made en procesos de responsabilidad fiscal.

La Ley 389 de 1997, por la cual se modificó los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, reguló en su artículo 4, lo siguiente:

«Artículo 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

R

Parágrafo. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.»

Respecto de la norma anteriormente citada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, analizó en Sentencia 18 de julio de 2017 Rad. SC10300-2017, que:

«a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se límite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumplan con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido.

Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta.»

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta en sentencia del 12 de febrero de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2018-00027-01, se pronunció sobre la modalidad de claims made, así:

«Antes de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997, la cobertura que se aplicaba para los seguros de responsabilidad civil era la de ocurrencia pura, que delimitaba el amparo a que el siniestro tuviera lugar durante la vigencia de la póliza (teoría del hecho dañoso).

Posteriormente, el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 introdujo en Colombia la cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, en las que elemento determinante para acceder a la cobertura es que el reclamo sea formulado durante la vigencia del seguro.

Adicional a lo anterior, la norma permite que se acuerde un periodo retroactivo por medio del cual el asegurador se compromete a amparar hechos dañosos ocurridos antes de la vigencia del contrato, pero reclamados durante esta y/o que se pacte una extensión a la cobertura, que no podrá ser inferior a dos años, y cubre los hechos dañosos que se materialicen durante la vigencia de la póliza, pero que sean reclamados en el periodo adicional.

Finalmente, tenemos la cobertura claims made pura que exige que tanto el hecho dañoso como reclamación ocurran en vigencia del contrato.»

Ahora bien, la Sección Tercera de la misma Corporación en Sentencia del 21 de octubre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-00147-01(AC), señaló el criterio a tener en cuenta para llamamientos en garantía en procesos judiciales cuando existen cláusulas de claims made, exponiendo lo siguiente:



«51. En ese orden, considera la Sala que, de conformidad con el artículo 225 del CPACA y, el artículo 64 del C.G.P, el requisito indispensable al momento de determinar la vinculación de un llamado en garantía al proceso, es que se acredite la existencia de un derecho legal o contractual de exigir la indemnización de un perjuicio que pueda llegar a sufrir o el reembolso total o parcial de una futura condena de quien llama y del llamado a comparecer.

52. En línea con lo anterior, la Sala encuentra que el estudio realizado tanto por el Tribunal Administrativo de Quindío, como por el del Juzgado 2 Administrativo Oral del Circuito de Armenia, no se limitó a la existencia de un derecho contractual o legal entre Cosmitet Ltda. y, la aseguradora Previsora S.A, sino que, además, entró al estudio la póliza, para concluir que, no se pactó expresamente la retroactividad, y, con ello la, falta de vigencia de la póliza frente a los hechos ocurridos con anterioridad a la misma, razón por la cual se resolvió negar la solicitud del llamamiento en garantía.

53. En todo caso, sin entrar en las citadas discusiones, lo cierto es que la Sala encontró probada la relación contractual vigente entre el aquí accionante y la compañía de seguros Previsora S.A, tal como es exigido por el ordenamiento, por lo cual, con la sola satisfacción de este requisito se debía acceder al llamado en garantía. Así, al allegar la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual contratada por Cosmitet Ltda. se acreditaba la relación contractual entre de la aseguradora Previsora S.A y Cosmitet Ltda., lo cual hacía procedente su llamamiento dentro del proceso.

54. Ahora bien, aunque no se desconoce el estudio que realizó el tribunal, y, con ello la presunta necesidad de pactar expresamente la retroactividad, lo cierto es que esto corresponde a la relación sustancial entre el llamante y el llamado que debe ser estudiada en la sentencia. Así, no debe olvidarse que, en esta etapa, únicamente se verifica la relación procesal, que para el caso en concreto se traba a partir de la existencia de una relación legal o contractual.» (Subrayado fuera de texto)

En ese sentido, el Consejo de Estado, dejó en claro, que, respecto a los procesos judiciales, el llamamiento en garantía procederá con la sola existencia derecho legal o contractual de exigir la indemnización de un perjuicio que pueda llegar a sufrir.

De tal forma que, como ya fue establecido en el presente concepto, en lo correspondiente a los procesos de responsabilidad fiscal, la norma y la jurisprudencia ha indicado que procederá la vinculación, como tercero civilmente responsable, cuando se encuentre acreditada la existencia de póliza, ya sea sobre el servidor público responsable de la gestión fiscal, el contrato con ocasión del cual se adelantada el proceso de responsabilidad fiscal o el bien afectado, por lo que el hecho de que se haya contratado bajo la modalidad de claims made, no corresponde a un presupuesto exigente de la vinculación como garante, ello sin perjuicio del análisis sustancial relacionado a la póliza pactada que se desarrollará en el respectivo proceso de responsabilidad fiscal.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)



Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [pavelasquez@auditoria.gov.co](mailto:pavelasquez@auditoria.gov.co). Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web [www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co) ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña b30545d2, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



**PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET**  
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira		26/09/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		26/09/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		26/09/2022

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.