

RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación del garante. Póliza de manejo

Cabe anotar que esta descripción involucra una pérdida al asegurado, por la comisión de conductas tipificadas en el ordenamiento penal que sean perpetradas por el servidor público o funcionario. Entonces, como quiera que los hechos al parecer fueron perpetrados por terceras personas y no por la Doctora Marina Laverde de Franco, la omisión de suscribir un contrato de seguro de sustracción que amparara el hurto de diferentes elementos, no tiene la fuerza vinculante para dar una interpretación y cobertura diferente a la garantía de Manejo N° 1 0442389 otorgada por La Previsora S.A. Lo expuesto lleva a concluir, que la negligencia de un servidor público en adquirir un seguro de sustracción, puede ser objeto de reproche para aquel, sin embargo, el menoscabo por un hurto atribuible a un seguro patrimonial de daños denominado comercialmente de sustracción, no es el objeto ni la cobertura de la póliza de Manejo Global Comercial aquí estudiada y, por tanto, La Previsora S.A. no debe ser responsable civilmente por unos hechos u omisiones con base en la póliza de Manejo N° 1 0442389 otorgada por ésta, que no ampara eventos de sustracción cometidas presuntamente por terceras personas. En otras palabras, la omisión por parte de la empleada responsable fiscalmente, de suscribir un seguro de sustracción para cubrir el delito de hurto, no hace parte de los amparos que ofrece el contrato de seguro en comento, de allí que a juicio de la Sala, no existe responsabilidad por parte de la sociedad actora.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1081 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 1056 / LEY 610 DE 2000 - ARTICULO 9 / LEY 610 DE 2000 - ARTICULO 44 / DECRETO 663 DE 1993 - ARTICULO 203

NOTA DE RELATORIA: Vinculación del garante, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 17 de junio de 2010, Rad. 2004-00654, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; sentencia de 18 de marzo de 2010, Rad. 2004-00529, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de diciembre de 2012, Rad. 2007-00071.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 50001-23-31-000-2003-00085-02

Actor: LA PREVISORA S. A. COMPAÑIA DE SEGUROS

Demandado: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL META

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la sociedad **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, mediante apoderado, contra la sentencia de 16 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que denegó las pretensiones de la demanda.

I- ANTECEDENTES

LA PREVISORA S.A.COMPAÑÍA DE SEGUROS, obrando a través de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la **CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL META**, de acuerdo con los siguientes hechos:

Que la entidad demandada dictó fallo de primera instancia 013-01 de 17 de diciembre de 2001, dentro del expediente 10.999, mediante el cual declaró la responsabilidad fiscal de la señora **MARINA LAVERDE DE FRANCO** por la suma de \$37.340.160, hechos ocurridos en ejercicio de las funciones de su cargo.

Informa que la sociedad actora se hizo garante de dicha suma, a través “*de la póliza 1 0442389 de Manejo Global Comercial, cubriendo en relación con los empleados del Instituto de Cultura del Meta, los riesgos de a) delitos contra la Administración Pública, b) rendición y reconstrucción de cuentas, c) Amparo automático para nuevos cargos, y d) reducción y restablecimiento de la suma asegurada en caso de siniestro hasta dos veces de prima adicional*” (folio 207 del Cuaderno del Tribunal).

Anota que el fundamento del fallo fue el delito de hurto cometido por terceras personas ajenas al Instituto y contra bienes de éste, siendo que la póliza no comprendía el riesgo de hurto contra los bienes del tomador, y excluía las “*mermas, diferencias de inventario, desapariciones o pérdidas no imputables al empleado*”, sin embargo, mediante los actos administrativos acusados se declara a la sociedad actora solidariamente responsable fiscalmente, cuando a ésta se le

inculpa por no haber tomado el seguro de hurto para los bienes del Instituto de Cultura del Meta.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La sociedad demandante considera quebrantados los artículos 2 y 29 de la Constitución Política; 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo; 1, 4, 6, 44, 48 y 53 de la Ley 610 de 2000; 1494 del Código Civil, y 1036, 1037, 1046 a 1048, 1054 a 1056, 1072, 1075, 1079, 1081 a 1083 y 1227 del Código de Comercio.

El concepto de la violación fue expuesto por el accionante en los siguientes términos que se resumen a continuación:

La **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, fue condenada en calidad de garante por el monto del valor asegurado, con base en el contrato de seguro cuya póliza aseguró el riesgo global de manejo del sector oficial. Sin embargo, el detrimento patrimonial del Estado se dio no por un acto propio de la servidora pública sino por uno proveniente de terceros, que hurtaron los bienes del Instituto de Cultura y Turismo del Meta. A la servidora pública se le imputa el hecho de no haber tomado el seguro de sustracción delictiva de terceros, afirmándose estar asegurado "*este acto omisivo de la funcionaria pública*" lo cual es absurdo.

Aduce que como sustento en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la responsable fiscal, es la Gerente del Instituto, que en razón de su cargo estaba amparada por la póliza 0442389, pero no fue tomadora, asegurada ni beneficiaria y erróneamente en los actos administrativos demandados se le tiene como asegurada.

Sostiene que el seguro no ampara el hurto, tal como se expresa en las condiciones generales de la póliza, y se encuentran excluidas las "*mermas, diferencias de inventarios, desapariciones o pérdidas no imputables al empleado*",

en particular el amparo se refería al a) menoscabo de fondos y bienes, b) que el menoscabo tuviera como causa el ejercicio de cargos, c) que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública, que no se cumple en los hechos que originan la condena, d) así mismo en cuanto al amparo de los fallos con responsabilidad fiscal este aparte debe ser entendido bajo la condición de haberse proferido el fallo conforme a la Ley y al contrato de seguro, que fue un aspecto no tenido en cuenta por el ente demandado, como tampoco lo fue el deducible del 10% pactado y su exoneración en cuanto a la actualización del valor del daño, toda vez que ella no es materia de la cobertura del seguro contratado.

Que de lo anterior se deduce la violación al artículo 1494 del Código Civil, en tanto el contrato es fuente de obligaciones para las partes, que debe interpretarse armónicamente con los artículos 1036, 1037, 1045 y 1046 del Código de Comercio, en el sentido del que el riesgo asegurable fue el manejo global y no el hurto, el pago de la prima sólo se dio para el primer riesgo.

Arguye basándose en los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, que en este caso si el Instituto de Cultura obraba a través de la señora **MARINA LAVERDE DE FRANCO** y que según el fallo ella se constituye en la directamente responsable y, si dependía, de acuerdo con el mismo acto administrativo, exclusivamente de la voluntad de ésta de tomar el seguro de hurto, el no haberlo tomado no significa que tal omisión pueda considerarse como el riesgo asegurable; lo cual controvierte directamente el artículo 1055 ídem, ya que no es posible asegurar "*actos meramente potestativos del tomador, del asegurado o del beneficiario*" ni el dolo o la culpa grave.

Por último, asevera que los actos administrativos demandados desconocen el artículo 1081 y s.s. del Código de Comercio, sobre la prescripción, pues se dictó el acto administrativo de responsabilidad fiscal superados los dos años a la fecha de ocurrencia de los hechos, por lo cual se vulneraron los artículos 2 y 29 de la Constitución Política y 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL META.

La contestación de la demanda por parte del apoderado de la **CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL META**, se resume a continuación:

Indica que se opone a las pretensiones de la demanda, ya que considera que se estructuraron los elementos establecidos en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, para la imputación de la responsabilidad fiscal.

Afirma frente a la normas presuntamente vulneradas, que vinculó a la **PREVISORA S.A.** como garante de la señora **MARINA LAVERDE DE FRANCO**, en razón de la existencia de la póliza 0442389 con vigencia de 2 de marzo de 1999 al 1 de marzo de 2001, por lo cual los argumentos de la demandante pierden valor en el sentido de que el papel del asegurador es garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, que fue precisamente lo acontecido en este caso.

En cuanto a la prescripción alegada por la sociedad demandante, dice que no sólo debe considerarse el artículo 1081 del Código de Comercio, sino otras normas y tener en cuenta que para *“el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador”*, pudiendo hacerlo por medio de un acto administrativo y a través de la notificación del mismo, requerir al asegurador el cumplimiento de la obligación indemnizatoria.

Precisa que en apoyo de este criterio invoca el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, sobre la vinculación y efecto del garante de la responsabilidad fiscal e interpreta que, según el artículo 1081 del Código de Comercio y teniendo en cuenta la fecha de los hechos (10 de mayo de 1999), la fecha de apertura de la investigación (15 de mayo de 2001) y el término de prescripción de 5 años, que empieza a contarse

desde el momento en que nace el respectivo derecho, es decir, el 17 de agosto de 2000, hasta el día en que fue comunicada la aseguradora de la apertura de la investigación (15 de mayo de 2001), concluye que se interrumpió el término para hacer efectiva la prescripción la cual no tuvo lugar, incluso ni la ordinaria.

Agrega, en cuanto a la prescripción ordinaria, que el término debe contarse desde cuando "*tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo del hecho que da base a la acción*", es decir, que se debe tomar dicho término desde la fecha de la comunicación a la aseguradora (15 de mayo de 2001), el cual vencería dos años posteriores a la citada fecha, lo cual no sucedió.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL META DE 18 DE DICIEMBRE DE 2009.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Meta dictó sentencia dentro del proceso originado en la demanda de nulidad instaurada por la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en los términos que se resumen a continuación:

Que se ve claramente que la forma indirecta de deterioro patrimonial fue causada "*por uno de los empleados*" del Instituto de Cultura del Meta asegurado y "*en ejercicio del cargo amparado*", insistiendo, que es en razón de una omisión culposa, es decir, negligencia, que es precisamente lo que ampara la póliza 10442389, por lo cual no se vulneraron los artículos 1036, 1037, 1072 y 1079 del Código de Comercio, y porque no se "*extendió el amparo a riesgos no contenidos en la póliza*", como en forma insistente adujo la sociedad demandante, dado que el siniestro (responsabilidad fiscal) estaba dentro de la cobertura.

Alude que si bien existen actos inasegurables (artículo 1055 del Código de Comercio), en este evento no se aseguró exactamente el dolo o la culpa sino la merma patrimonial estatal, por lo cual no se ha vulnerado esta norma. Además, que sobre este aspecto se tiene que también la culpa puede dar lugar a la responsabilidad fiscal, según el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, de manera que

las decisiones administrativas se sujetaron a los fines del Estado y al debido proceso conforme con los artículos 2 y 29 de la Constitución Política y siguieron las ritualidades del procedimiento administrativo especial de acuerdo con los artículos 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo.

Que la actora no tiene razón, pues está visto que el llamado en garantía y la efectividad de la póliza se hizo por la declaratoria de responsabilidad fiscal y no directamente por el hurto.

Aduce que ninguna confusión puede generar esta ocurrencia del riesgo asegurado (la responsabilidad fiscal). Ahora bien, que la imprecisión conceptual en que incurrió el primer acto administrativo que consideró como asegurada a la Directora del Instituto de Cultura, resaltada por la actora, no tiene fuerza de afectar la *ratio decidendi* del fallo de responsabilidad fiscal y el consecuente llamamiento en garantía.

Sostiene que aunque está clara la legalidad de los actos administrativos demandados por este cargo, se suma el hecho de que el mismo texto de la póliza permite inferir esa intención de las partes de amparar esa responsabilidad cuando en la "Condición Octava" sobre "Pago de Siniestro" pactaron lo siguiente:

"En el evento de alcances originados por incumplimiento de disposiciones legales que impliquen menoscabo del erario público, LA PREVISORA pagará la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha de ejecutoria de la providencia que declare la responsabilidad fiscal del empleado" (fol. 70 envés; lo resaltado no es del texto)" (folio 215 del Cuaderno del Tribunal).

Resalta que está clarísimo que la cobertura no se limitó solamente a los riesgos por menoscabo de fondos y bienes por *delitos contra el patrimonio público*, sino también a los riesgos por *fallos de responsabilidad de los empleados por juicios fiscales*, sin atención a los aspectos que la causaran, por lo cual no incide si lo fue por descuido o imprudencia.

Que los actos que declaran la responsabilidad se ajustaron tanto a la legalidad como a las cláusulas y cobertura del contrato de seguro y, por tanto, constituyeron fuente de obligación en los términos del artículo 1494 del Código Civil, norma esta que por lo mismo, tampoco fue vulnerada.

Afirma que tampoco los actos acusados desconocen el artículo 1081 del Código de Comercio, sobre la prescripción de las acciones, pues si se tiene en cuenta dicha norma en armonía con el artículo 1131 ídem, sobre el momento en que se entiende ocurrido el siniestro, es de anotar que el término se interrumpió con la reclamación que hizo la entidad el 15 de mayo de 2001.

Agrega que es claro que hasta ese momento no habían transcurrido los cinco años, contados desde la fecha del suceso que originó el siniestro “...que lo fue la omisión en las funciones y el hurto, que ya se sabe concluyó en mayo 10 de 1999. Ello si se tiene en cuenta la naturaleza objetiva de la prescripción extraordinaria en los términos en que es concebida por el precitado artículo 1081.

Porque la acción ejercida no fue de la víctima ni del asegurado (que en este caso fue uno solo, el Instituto) sino de un tercero legitimado para reclamar (el organismo de control fiscal) por tanto el término que debe tenerse en cuenta es el extraordinario y no ordinario y por lo tanto, no se desconocieron las normas constitucionales invocadas ni las del C.A.A.” (folio 217 del Cuaderno del Tribunal).

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN A LA SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 2009 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META.

El demandante sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Meta en los términos que se resumen a continuación:

“2. Fundamentos del recurso.

En primer término reiteramos, como parte del sustento del recurso, los argumentos consignados dentro de la demanda presentada, así como otros relacionados, en los siguientes términos:

2.1. La Contraloría Departamental del Meta dispuso mediante fallo 013-01 del 17 de diciembre de 2001, declarar responsable a la señora MARINA LA VERDE por la pérdida de unos bienes del Instituto de Cultura del Meta; cuando el amparo otorgado por la Compañía de Seguros La Previsora S.A., que se especifica dentro de la póliza 10442389, no se hace procedente frente a los supuestos fácticos que sustentan la decisión sancionatoria del Ente de Control Departamental; habida cuenta que se fundamenta en la ocurrencia de un hurto de bienes fiscales, que como se explica con la denominación misma serían cubiertos con un seguro para hurto de bienes, empero no con una póliza de manejo global. La ocurrencia de un hurto por parte de terceros ajenos a la Entidad Pública, tomadora del seguro, no es un hecho que se encuentre amparado por la póliza de manejo y en tal sentido nos encontraríamos frente a una falta de legitimación para haber vinculado y condenado a LA PREVISORA SA dentro del proceso de responsabilidad fiscal cuyo fallo es objeto central de la pretensión de nulidad en el proceso que nos ocupa.

El contrato de seguro, para el caso que nos ocupa, no amparaba el delito de hurto, tal como lo expresa su contenido en el capítulo de exclusiones, en el literal g, indicando que no hay cobertura para "mermas, diferencias de inventarios, desapariciones o pérdidas no imputables al empleado". Así las cosas, los actos acusados trasgreden los principios en que se funda la ley 610 de 2000 puesto que si dentro del proceso de responsabilidad fiscal obra la correspondiente póliza y al momento de proferir la decisión se desconoce su contenido, tendremos que el fallo se proferiría vulnerando el ordenamiento jurídico y principalmente los artículos 2^o y 22 de la ley 610 de 2000.

Sin embargo, en forma inexplicable, la decisión de la Contraloría Departamental, pretende extender la cobertura de la póliza de manejo a un evento expresamente excluido por cláusula contractual, vulnerando en tal sentido el debido proceso, puesto que se aparta de un hecho probado, cual es la exclusión descrita, e indica que se falla con responsabilidad fiscal, imputando responsabilidad a LA PREVISORA S.A., cuyo vínculo jurídico es únicamente la citada póliza, que en forma expresa excluye el evento objeto de estudio por parte de la Contraloría, vulnerando de tal suerte el debido proceso, al desconocer los términos dentro de los cuales debe estudiarse la sujeción de la Compañía de Seguros.

2.2. Ahora bien, el fallo proferido por la Contraloría Departamental del Meta, desconoce que en relación con LA PREVISORA S.A., había operado el término de prescripción que consagra el artículo 1081 del Código de Comercio, circunstancia que se había solicitado declarar de manera expresa, pero que se omite en forma inexplicable".

Finaliza, reiterando que por las razones precedentes la decisión proferida por la Contraloría Departamental del Meta debe ser declarada nula, puesto que es violatoria al debido proceso e igualmente por desconocer las condiciones en que fuera celebrado el contrato de seguro.

V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio público guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el caso sub examine, son dos los temas jurídicos a resolver, el primero de ellos relacionado con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro aplicado a un proceso de Responsabilidad Fiscal y, el segundo, en dilucidar si los hechos están dentro de la cobertura de la Póliza de Manejo Global Comercial.

I. LA PRESCRIPCIÓN

VIGENCIA DE LA PÓLIZA: 02-03—1999 a 01-03-2000.

La Sala, estima pertinente precisar si la prescripción contenida en el artículo 1081 del Código de Comercio, es independiente de la caducidad de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y, por ende, si es aplicable o no la vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

Por lo anterior, se debe analizar el precepto normativo en materia del contrato de seguro contenido en el Código de Comercio, así como también, el alcance del mismo otorgado a través de la Jurisprudencia en lo que atañe al término de prescripción de ésta relación contractual.

El artículo 1081 del Código de Comercio prevé:

“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”.

Para la Sala 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 a través del acto impugnado, 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. Es esa la postura de esta Corporación, para lo cual se transcribe los apartes conducentes de la sentencia de 17 de junio de 2010 expediente 2004 00654. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta).

“(…) 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...”.

Ahora bien, como quiera que el pluricitado artículo 1081 contiene dos tipos de prescripciones (ordinaria y extraordinaria), se trae a colación la Sentencia de 18 de diciembre de 2012, de la Corte Suprema de Justicia, exp. 2007-00071, a fin de exponer cual es el alcance de uno y otro:

“Recientemente la Corte precisó como características y aspectos determinantes de la dualidad extintiva del artículo 1080 del estatuto mercantil que “[l]as dos clases de prescripción son de diferente naturaleza, pues, mientras la ordinaria depende del conocimiento real o presunto por parte del titular de la respectiva acción de la ocurrencia del hecho que la genera, lo que la estructura como subjetiva; la extraordinaria es objetiva, ya que empieza a correr a partir del surgimiento del derecho, independientemente de que se sepa o no cuándo aconteció (...) Todas las acciones que surgen del contrato de seguro, o de las normas legales que lo regulan, pueden prescribir tanto ordinaria, como extraordinariamente (...) La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas, mientras

que la ordinaria no opera contra los incapaces (...) El término de la ordinaria es de sólo dos años y el de la extraordinaria se extiende a cinco, 'justificándose su ampliación por aquello de que luego de expirado, se entiende que todas las situación jurídicas han quedado consolidadas y, por contera, definidas' (...) Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas, aun cuando pueden transcurrir simultáneamente, adquiriendo materialización jurídica la primera de ellas que se configure" (subrayado fuera del texto).

Por su parte, fue el Consejo de Estado, que en fallo del 18 de marzo de 2010, Radicación 2004 00529, concluyó que:

"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 responsable"¹.

Tan acertada conclusión, tiene su fundamento en la interpretación de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000², la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza al reemplazar a la entidad tomadora y asegurada por no haber hecho efectiva tal póliza y, en tal sentido, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y ordenar la efectividad de la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título a ejecutar; sino una acción declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo complejo, que lo conformará dicha póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordene, se reitera, hacer efectiva la póliza.

¹ Sentencia de 18 de marzo de 2010. Rad: 2004-00529. Consejero ponente: **RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**. Actor: COMPAÑIA DE SEGUROS LIBERTY DE SEGUROS S.A.

² **"ARTICULO 44. VINCULACION 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".

Reafirmando el concepto aquí explicado, se trae a colación los antecedentes del proceso 2004-00654³, en donde se resolvió un caso entre La Contraloría General de la República y la Aseguradora La Previsora S.A., en virtud de la póliza de seguros 1 0362807, cuyo tomador fue la Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P., para amparar la “RESPONSABILIDAD CIVIL ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. E.S.P.”.

En aquel caso la garantía tenía una vigencia desde el 27 de abril de 1999 hasta el 26 de abril de 2000, así como unos hechos constitutivos del siniestro, (hallazgos que dieron lugar a la responsabilidad fiscal) que se determinaron en cabeza de directivos de la referida empresa de energía, entre el 2 de febrero y el 10 de diciembre de 1999, por consiguiente, en lo que corresponde a los sucesos acaecidos entre 27 de abril de 1999 y diciembre de ese año, tuvieron lugar dentro de la vigencia de la póliza.

Tales hallazgos sirvieron de base al Auto de Apertura de Investigación Fiscal 149 de 13 de marzo de 2000, que por lo demás le fue comunicado a la compañía de Seguros La Previsora, en calidad de tercero civilmente responsable.

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.

Las anteriores argumentaciones llevan a la indefectible conclusión que:

- Es el precepto normativo contenido en el Artículo 1081 del Estatuto Mercantil el que debe aplicarse al caso en cuestión.

³ Sentencia de 17 de junio de 2010. Rad: 2004-00654. Consejero ponente: **RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**. Actor: LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS

- Así mismo que para la Contraloría Departamental del Meta, debe aplicarse el término de prescripción ordinario de dos años contados a partir de cuándo se tenga o deba tener conocimiento de los hechos materia de la reclamación con el fallo emanado por aquel ente de control.

En el sub lite, debe acogerse la tesis de las sentencias aquí planteadas y decirse que el término de dos años debe tomarse desde la fecha del auto de apertura 17 de agosto de 2000⁴, emitido por la Contraloría Departamental del Meta, hasta la expedición del debido fallo con Responsabilidad que vinculó a La Previsora S.A., (17 de diciembre de 2001⁵), caso en el cual no habría lugar a la aplicación de la prescripción.

Por lo tanto, este cargo no tiene vocación de prosperar.

II. LINEAMIENTOS BÁSICOS DE LA COBERTURA DEL SEGURO DE MANEJO GLOBAL COMERCIAL 1 0442389.

Para la Sala es claro que deben tenerse en cuenta los lineamientos básicos del objeto de seguro de Manejo Global Comercial 1 0442389 con el fin de conocer si el hurto de los elementos que motivaron el fallo de la Contraloría Departamental del Meta, son ajenos o no a la cobertura ofrecida por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, toda vez que este tipo de Pólizas (De Manejo Global Comercial), son otorgadas con el fin de garantizar el adecuado manejo de los dineros y bienes entregados a los Administradores, para el normal ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, es pertinente analizar si el detrimento generado por la omisión de suscribir un “*contrato de seguro de sustracción*” que ampare el hurto de los bienes pertenecientes al Instituto de Cultura y Turismo del Meta, puede o no ser trasladado a una garantía de Manejo Global Comercial, que está constituida por amparos diferentes al de sustracción.

⁴ Folio 18 del Cuaderno del Tribunal.

⁵ Fallo 013-01 de 17 de diciembre de 2001, visto a folios 18 a 36 del Cuaderno del Tribunal.

Cabe denotar que en el caso en cuestión, el hurto fue perpetrado al parecer por terceras personas⁶, y el hecho atribuido a la Doctora Marina Laverde Franco consiste en la omisión de suscripción de un Seguro que amparara dicha eventualidad.

Así pues, el contrato de seguro es la relación que debe estudiarse, toda vez que La Previsora S.A. no fue vinculada en calidad de Responsable Fiscal, sino más bien de Responsable Civil, en virtud del otorgamiento de la Póliza N° 1 0442389.

Entonces, como quiera que el contrato es ley para las partes, son los amparos, las definiciones, los valores asegurados y la vigencia de la Póliza de Manejo Global Comercial 1 0442389, los parámetros básicos que el juzgador ha de verificar con el objeto de conocer si la omisión de suscribir un seguro de sustracción tiene el alcance de afectar esta garantía de manejo.

Así las cosas, es preciso hacer referencia a la póliza de seguro de Manejo Global Comercial 1 0442389, vista a folios 69 a 71 y 180 del Cuaderno del Tribunal, la cual presenta la siguiente cobertura y exclusiones:

COBERTURA: "Ampara contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus Empleados en el ejercicio de los cargos amparados, por actos que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad fiscal.

El amparo se extiende a reconocer el valor de la rendición y reconstrucción de cuentas que se debe llevar a cabo en los casos de abandono del cargo o fallecimiento del Empleado.

EXCLUSIONES: La presente póliza no ampara las pérdidas que sufra la ENTIDAD ASEGURADA como consecuencia de:

- a. Mermas o daños que sufran los bienes o valores por cualquier causa natural no imputable al Empleado.*
- b. Mermas o daños que sufran los bienes o valores por incendio, explosión, erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualquiera otra convulsión*

⁶Como consta en el fallo 013-01 de 17 de diciembre de 2001, visto a folios 18 a 36 del Cuaderno del Tribunal.

- de la naturaleza, guerra civil e internacional, huelgas, movimientos subversivos, y en general, conmociones populares de cualquier clase.
- c. Sanciones administrativas o disciplinarias impuestas al Empleado.
 - d. Multas impuestas al Empleado.
 - e. Créditos concedidos por la ENTIDAD ASEGURADA al Empleado, aún cuando se hayan otorgado a buena cuenta o anticipo sobre comisiones, honorarios, sueldo o cualquier otro concepto.
 - f. Lucro cesante.
 - g. Mermas, diferencias de inventarios, desapariciones o pérdidas no imputables al Empleado”.

Para dilucidar esta problemática, es necesario definir el Seguro de Manejo, desarrollado en el Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), así:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO.

1. Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de 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 y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.

2. Destinatarios del seguro. Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a entidades o instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma; los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos, y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro de que trata el presente artículo.

Las Asambleas Departamentales, y los Concejos Municipales podrán disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades constituyan sus garantías por medio del seguro a que este estatuto se refiere” (Subrayado ajeno al texto)

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto N° 2002019456-1 del 12 de noviembre de 2002, define la concepción de la garantía de Manejo, en los siguientes términos:

“El seguro de manejo tiene como objeto amparar al asegurado contra las pérdidas causadas por sus empleados con ocasión de la comisión de las

conductas tipificadas en nuestro ordenamiento penal bajo los delitos de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, que se registren durante la vigencia de la póliza o que sean descubiertas en el transcurso de ésta, evento último que puede ser objeto de estipulación contractual de conformidad con el artículo 4º de la Ley 389 de 1997” (Subrayado ajeno al texto)

Cabe anotar que esta descripción involucra una pérdida al asegurado, por la comisión de conductas tipificadas en el ordenamiento penal que sean perpetradas por el servidor público o funcionario.

Una vez transcritas estas definiciones, se tiene que a través de la póliza de Manejo la entidad beneficiaria (Instituto de Cultura del Meta), se precave del menoscabo de fondos y bienes causados por sus empleados y no por terceras personas, (por actos que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad Fiscal), puesto a que dicho evento es diferente al objeto y definición del amparo de manejo.

Es importante precisar que éste tipo de seguros (el de Manejo), pertenecen en su definición a los llamados “*de riesgos nombrados*”, definidos en el artículo 1056 del Código de Comercio así:

“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Quiere decir lo anterior, que la Previsora S.A. solo se obliga a indemnizar, aquellos siniestros que están descritos y circunscritos a los riesgos contenidos en el contrato de seguro.

Puestas las cosas así de presente, se debe tener en cuenta que tanto el acápite de “coberturas”, como el de “exclusiones” contenidas en la póliza en cuestión, delimitaron la responsabilidad a cargo de la sociedad actora, al punto de indicar que aquella aseguradora no asumía el riesgo determinado como el menoscabo

patrimonial consecuencia de: “*Mermas, diferencias de inventarios, desapariciones o pérdidas no imputables al Empleado*”

Entonces, como quiera que los hechos al parecer fueron perpetrados por terceras personas y no por la Doctora Marina Laverde de Franco, la omisión de suscribir un contrato de seguro de sustracción que amparara el hurto de diferentes elementos, no tiene la fuerza vinculante para dar una interpretación y cobertura diferente a la garantía de Manejo N° 1 0442389 otorgada por La Previsora S.A.

Cabe denotar que al no estar descritos en la garantía estos hechos, la Aseguradora en cuestión nunca devengó prima garantizando tales riesgos y, por tanto, no obtuvo provecho que le obligara a cubrir el menoscabo patrimonial pretendido por la Contraloría Departamental del Meta.

Lo expuesto lleva a concluir, que la negligencia de un servidor público en adquirir un seguro de sustracción, puede ser objeto de reproche para aquel, sin embargo, el menoscabo por un hurto atribuible a un seguro patrimonial de daños denominado comercialmente de sustracción, no es el objeto ni la cobertura de la póliza de Manejo Global Comercial aquí estudiada y, por tanto, La Previsora S.A. no debe ser responsable civilmente por unos hechos u omisiones con base en la póliza de Manejo N° 1 0442389 otorgada por ésta, que no ampara eventos de sustracción cometidas presuntamente por terceras personas.

En otras palabras, la omisión por parte de la empleada responsable fiscalmente, de suscribir un seguro de sustracción para cubrir el delito de hurto, no hace parte de los amparos que ofrece el contrato de seguro en comento, de allí que a juicio de la Sala, no existe responsabilidad por parte de la sociedad actora.

Lo anterior, por cuanto las acciones derivadas del contrato de seguros pueden coexistir con otras acciones, siempre y cuando provengan de hechos que se encajen en ese contrato, y como tales constituyen acciones separadas e independientes unas de otras, de modo que operan bajo sus propios supuestos

normativos y con sus específicas consecuencias. Así las cosas, una es la acción de responsabilidad fiscal, que tiene como objeto los alcances fiscales o detrimentos patrimoniales que puedan surgir de la gestión fiscal, y otra es la acción derivada de un contrato de seguros, cuyo objeto es hacer efectivo el amparo dado mediante el mismo⁷. Por lo tanto, se reitera, que el hecho de omisión de contratar un seguro de sustracción, por parte de la funcionaria **MARINA LAVERDE DE FRANCO**, no está comprendido dentro de los límites de responsabilidad civil de la compañía de seguros demandante, por no ser un riesgo asegurable.

De manera que los actos administrativos acusados, se encuentran viciados de nulidad, por ser contrarios a las normas constitucionales y legales señaladas por la parte actora y, en especial, aquellas que regulan el contrato de seguro (Código de Comercio) y los procesos de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000).

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 16 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- En consecuencia, **ORDÉNASE** a la Contraloría del Meta devolver a la compañía de seguros demandante, la suma recibida por concepto de la indemnización, (en caso de que se hubiese realizado el pago), que afectó la póliza de seguro de Manejo Global Comercial 1 0442389.

⁷ Sentencia de 17 de junio de 2010.Rad: 2004-00654, antes referida.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la fecha de esta sesión.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO GUILLERMO VARGAS AYALA