

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, Marzo 13 de 2003.

Honorable Magistrado  
**ÁLVARO TAFUR GALVIS**  
H. CORTE CONSTITUCIONAL.  
Calle 12 # 7-65  
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía  
E.S.D.

**Referencia:** Expediente Número D-4474.

**Norma Acusada:** Ley 610 de 2000, Artículo 44. Vinculación del Garante.

**Actor:** Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro Correspondiente, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 266 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que al tenor expresa:

*“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, 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.”*

El actor sugiere a la Corte que la normatividad constitucional infringida, en tres cargos contra la disposición legal, es la siguiente:

Para el Primer Cargo. Violación del Principio de Separación de las Ramas del Poder Público. Artículos 29, 113, 116, 119, 121 268, numeral 5º; 228 y 229.

Para el Segundo Cargo. Violación del Principio de Igualdad. Artículos 2, 4 y 6.

Para el Tercer Cargo. Violación del Principio de Unidad de Materia. Artículos 158 y 169.

De la misma forma, el doctor Narváez Bonnet, realiza un análisis del concepto de la violación, refiriéndose a las siguientes materias:

Para el Primer Cargo:

- A. El Contrato de Seguro en la Actividad Estatal.
  - 1. Seguro de daños.
  - 2. Seguro de personas.
  - 3. Naturaleza jurídica del vínculo de la aseguradora con la entidad estatal.
  - 4. Garantías en los contratos estatales.
  - 5. La responsabilidad fiscal y el contrato de seguro.
- B. La Aseguradora no cumple una gestión fiscal.
- C. Relatividad del principio de separación de las Ramas del Poder Público y exigencias frente a la Función Judicial.

Para el Segundo Cargo:

- A. Desconocimiento del Principio de Igualdad.

Para el Tercer Cargo:

- A. La libertad de configuración legislativa.
- B. Violación del principio de Unidad de Materia.
  - a. Núcleo Temático
  - b. Desproporción e irrazonabilidad de los cometidos de la norma acusada.
  - c. Ruptura del artículo 44 de la ley 610 con el tema de la ley.

Después de realizar un análisis detenido de la norma en comento, el actor, sugiere que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no guarda relación con el núcleo temático de la misma en cuanto al trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, porque la responsabilidad del asegurador bajo una póliza de seguro es materia diferente a la responsabilidad que se produce como resultado de una gestión fiscal inadecuada o irregular.

El actor dice apreciar de bulto, que la norma acusada es materia diferente, porque a su juicio la responsabilidad aseguradora se deriva de un contrato de seguro regulado en el derecho privado y en el otro se trata de la responsabilidad por una gestión irregular, de un daño al patrimonio estatal.

Agrega Narváez Bonnet, que en caso de controversia o de ser requerida la ejecución forzada de las obligaciones derivadas del contrato de seguro, se encuentra previsto en el ordenamiento un juez competente y un procedimiento diferente; proceso que está reservado a la jurisdicción civil o contencioso – administrativa, dependiendo de la naturaleza del contrato de seguro y de las pretensiones que se persiga ventilar en el respectivo proceso.

Finalmente, dice comprobar la violación del principio de unidad de materia por parte del artículo 44 de la ley 610 de 2000, al invadir no sólo el régimen de beneficiarios en el contrato de seguro, sino también por la modificación que introduce a algunas normas procedimentales que no podía alterar la Ley 610, porque se refieren a la determinación de la jurisdicción competente en otras materias, vale decir, distintas a la responsabilidad fiscal.

### DEL CONCEPTO SOLICITADO:

Mediante oficio 266 de febrero 28 de 2003, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido ese día a las 5:00 p.m. en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el H. Magistrado Álvaro Tafur Galvis solicita a la Corporación, si lo estimase oportuno, concepto que se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación.

En sesión ordinaria del lunes tres (3) de marzo de 2003, el Señor Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, ha tenido a bien asignarme la consulta formulada, de acuerdo con el consecutivo A.C.J. C.C. 00-003.

Antes de realizar un análisis más detenido, quiero manifestar a la H. Corte Constitucional, que en relación con la Ley 610 de 2000, ya esa Corporación se ha pronunciado a través de los siguientes fallos, magistrados ponentes y decisiones:

SENTENCIA	MAGISTRADO PONENTE	DECISIÓN DE LA CORTE
C-364/01	Eduardo Montealegre Lynnet. Salvan Voto: Jaime Araujo Rentería y Rodrigo Escobar Gil.	Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el artículo 63 de la Ley 610 de 2000.
C-366/01	Alfredo Beltrán S. Aclara Voto: Jaime Araujo Rentería.	<b>Estarse a lo resuelto en la sentencia C-364 de 2 de abril de 2001</b> , mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 63 de la Ley 610 de 2000.
C-477/01	Marco Gerardo Monroy	Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, bajo el entendido que la reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el

		término general fijado por la ley para su práctica, salvo las expresiones “hasta su culminación” y “hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal”, que se declaran <b>INEXEQUIBLES</b> .
C-557/01	Manuel J. Cepeda E.	Declarar <b>EXEQUIBLE</b> la expresión "solamente", contenida en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000.
C-619/01	Marco Gerardo Monroy	Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el inciso primero del artículo 67 de la Ley 610 de 2000.
C-840/01	Jaime Araujo Rentería	<p><b>PRIMERO.</b> Declarar <b>EXEQUIBLE</b> la expresión “con ocasión de ésta”, contemplada en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.</p> <p><b>SEGUNDO.</b> Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 que reza: “mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”.</p> <p><b>TERCERO.</b> Declarar <b>EXEQUIBLE</b> la palabra “contribuyan” contenida en el artículo 6 de la ley 610 de 2000.</p> <p><b>CUARTO.</b> Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el aparte demandado del artículo 12 de la ley 610 de 2000 que establece “este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe”, por los cargos analizados en esta sentencia. Aclarando que, en todo caso, el respectivo funcionario responderá siempre que obre con dolo o culpa grave.</p> <p><b>QUINTO.</b> Declarar <b>EXEQUIBLE</b> el numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000, solamente por los cargos analizados en esta sentencia.</p>

--	--	--

En la Sentencia C-477 de 2001, encontramos un esquema del proceso de responsabilidad fiscal que se sigue conforme a la Ley 610 de 2000 y que es muy ilustrativo al respecto de la ubicación de la norma acusada dentro del esquema del mismo:

- a. *El proceso puede iniciarse de oficio por las propias contralorías, a solicitud de las entidades vigiladas, o por denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, especialmente por las veedurías ciudadanas. (Artículo 9°).*
- b. *Antes de abrirse formalmente el proceso, si no existiese certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial, la entidad afectada y los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por el término de seis (6) meses, al cabo de los cuales procederá el archivo de las diligencia o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 39).*
- c. *Cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado, e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, se ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. (Artículo 40). Una vez abierto el proceso, en cualquier momento podrán decretarse medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables. (Artículo 12)*
- d. *En el auto de apertura del proceso, entre otros asuntos deberán identificarse la entidad afectada y los presuntos responsables, y determinarse el daño patrimonial y la estimación de su cuantía. Dicho auto, además, debe contener el decreto de las pruebas que se estimen conducentes y pertinentes, el decreto de las medidas cautelares que deberán practicarse antes de la notificación, y la orden de practicar después de ellas, la notificación respectiva. (Artículo 41)*
- e. *Como garantía de la defensa del implicado, el artículo 42 prescribe que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea. De todas maneras, no puede proferirse el referido auto de imputación, si el presunto responsable no ha sido previamente escuchado.*
- f. *Si el imputado no puede ser localizado o si citado no comparece, se le debe nombrar un apoderado de oficio con quien se continúa el trámite. (Artículo 43)*
- g. *El término para adelantar estas diligencias es de tres (3) meses, prorrogables por dos (2) meses más, vencido el cual se archivará el proceso o se dictará auto de imputación de responsabilidad fiscal. Notificado a los presuntos responsables el auto de imputación, se les correrá traslado por el término de diez (10) días a fin de que presenten los argumentos de su defensa, y soliciten y aporten las pruebas que pretendan hacer valer. (Artículos 45 a 50)*
- h. *Vencido el término del traslado anterior, se debe dictar el auto que decrete las pruebas solicitadas, o las que de oficio se encuentren conducentes y pertinentes. El*

*término probatorio no podrá ser superior a treinta (30) días; contra el auto que rechace pruebas proceden los recursos de reposición y apelación. (Artículo 51)*

- i. De conformidad con lo prescrito por el artículo 52, “vencido el término del traslado, y practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo, llamada fallo, con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días.*
- j. En los términos del artículo 55, “la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo y contra ella proceden los recursos allí señalados...”*

Considero particularmente, que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, está llamado a servir de figura protectora del tesoro público, a través del llamamiento en garantía de la empresa aseguradora, que lógicamente puede en caso de condena pagar la correspondiente póliza, luego repetir contra el contratista estatal y en últimas, ejercer en contra de su reaseguradora, buscando el resarcimiento del dinero pagado. No creo que la disposición viole ningún ordenamiento constitucional, de acuerdo con las pretensiones del actor.

*Si genéricamente la vigilancia fiscal busca proteger el patrimonio estatal y los recursos públicos, el proceso de responsabilidad fiscal es una expresión de esa finalidad global, en la medida en que está encaminado a que aquella persona que sea declarada responsable proceda a resarcir el daño causado por la cuestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.*

Es pertinente indicar que, a mi juicio, la acción de inconstitucionalidad propuesta está destinada a satisfacer una pretensión particular dentro de un caso concreto, por lo cual, ha de explicarse, que de acuerdo con la Sentencia C-557 de 2001, del Magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, “*Si bien el control de constitucionalidad de las normas es un control abstracto porque no surge de su aplicación en un proceso particular, ello no significa que el juicio de exequibilidad deba efectuarse sin tener en cuenta el contexto dentro del cual la norma fue creada (i.e. su nacimiento), y dentro del cual ha sido interpretada (i.e. ha vivido). En fin: en buena medida, el sentido de toda norma jurídica depende del contexto dentro del cual es aplicada.*”

A lo cual, le agrega el Magistrado: “*...el juicio de constitucionalidad no debe recaer sobre el sentido normativo de una disposición cuando éste es diferente al que realmente le confiere la jurisdicción responsable de aplicarla. El cumplimiento efectivo de la misión institucional que le ha sido confiada a la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, requiere que ésta se pronuncie sobre el sentido real de las normas controladas, no sobre su significado hipotético. De lo contrario, podría declarar exequible una norma cuyos alcances y efectos son incompatibles con la Constitución, lo cual haría inocuo el*

*control. En el mismo sentido, al suponer un determinado sentido hipotético de la norma en cuestión, podría declarar inexecutable disposiciones cuyo significado viviente es compatible con la Carta, lo cual representaría un ejercicio inadecuado de sus funciones. “*

*Así las cosas, "el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa."<sup>1</sup>*

Ahora bien, con respecto al daño, la Corte Constitucional ha sostenido:

*"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 ha de 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."<sup>2</sup>*

A todo lo anterior debe agregarse que el objeto de la responsabilidad fiscal tiene como basamento indispensable la concreción de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores, lo cual puede garantizarse con el llamamiento de la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable.

En efecto, el talante descriptivo de la norma censurada no provoca duda alguna en cuanto al fin primordial de su contenido: definir el daño patrimonial al Estado. Aclarando que dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen una lesión a los bienes o recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización. Se trata entonces de una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse.

Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- y en palabras de la Sentencia C- 840 de 2001 de la Corte Constitucional, *que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de*

---

<sup>1</sup> Op. Cit. Sentencia SU 620 de 1996

<sup>2</sup> Ibid

*los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.*

La Sala reitera más adelante: *“la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”*

De la Sentencia C-840 de 2001, también es pertinente indicar, que la Corte se ha referido a las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, que incluyen a mi juicio, el llamamiento en garantía de la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado y no se le vulnera en ningún momento el acceso al debido proceso como lo ha querido hacer ver el actor del proceso, doctor Narváez Bonnet.

## **“9.2. Las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal.**

*Las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal se justifican en virtud de la finalidad perseguida por dicho proceso, esto es, la preservación del patrimonio público mediante el resarcimiento de los perjuicios derivados del ejercicio irregular de la gestión fiscal.*



En efecto, estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, buscan prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. En este sentido, "el fallo sería ilusorio si no se proveyeran las medidas necesarias para garantizar sus resultados, impidiendo la desaparición o la distracción de los bienes del sujeto obligado."<sup>3</sup> Las medidas cautelares son pues, **independientes** de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos. Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, pues se desnaturaliza su carácter preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva **las medidas cautelares** pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. No antes.

En consonancia con la Constitución y la ley 610 el artículo 41 exhibe una gran pertinencia y una plena justificación. Pues a todas luces resulta evidente que para una mejor garantizaci3n de los efectos resarcitorios las medidas cautelares no pueden dejarse para 3ltimo momento, ni condicionarse a la previa determinaci3n de responsabilidad fiscal del servidor p3blico o del particular con poderes de gesti3n fiscal. Lo cual no releva a las contralor3as de sus deberes frente al principio de la necesidad de la prueba, y llegado el caso, de adelantar la indagaci3n preliminar que amerite la falta de certeza prevista en el artículo 39 de la ley 610. De ah3 que no le asista raz3n al demandante cuando afirma que el decreto de las medidas cautelares se establece como una consecuencia inmediata del auto de apertura, pues el mismo artículo aclara, a rengl3n seguido, que se impondr3n aquellas "a que hubiere lugar", dando a entender que éstas s3lo se decretar3n en dicho auto cuando procedan y no de manera forzosa, como parece entenderlo el actor. En cualquier caso, no sobra advertir que en todos los actos y trámites del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente deber3 observar rigurosamente los dictados del debido proceso y de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas.

Más aún, el carácter preventivo de las medidas cautelares es lo que determina que su aplicaci3n efectiva se realice con anterioridad a la fecha de notificaci3n del auto de apertura a los presuntos responsables. Sin que esto constituya óbice para que en cualquier momento del proceso puedan decretarse medidas cautelares sobre los bienes o rentas de la persona presuntamente responsable de haber causado un da3o al patrimonio p3blico, tal como lo establece el artículo 12 de la ley cuestionada. Medidas éstas que habr3n de extenderse con fuerza

---

<sup>3</sup> Ibid

*vinculante hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Sin perjuicio de la opción de desembargo que el artículo 12 contempla bajos ciertos requisitos y condiciones.”*

### **CONCLUSIÓN:**

En mérito de lo expuesto, concluimos que no debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, promovida por el abogado Jorge Eduardo Narváez Bonnet, ante la H. Corte Constitucional, ya que la norma que se acusa, se ajusta a los dictados de la Carta Política y no se encuentra que vulnere los artículos 2, 4, 6, 29, 113, 116, 119, 121, 158, 169, 228, 229 y 268 numeral 5º, del citado Estatuto Superior.

Del H. Magistrado Tafur Galvis, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA  
Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia  
C.C. 6.776.897 de Tunja  
T.P. 57752 del C.S. de la J.

HAOG/haog.