



ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTA D.C.

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 06-01-2009 10:57:19

Secretaria Distrital Hacienda Al Contestar Cite Este Nr.:2009IE165 O 1 Fol:7 Anex:0

ORIGEN: Origen: Sd:4 - SUBD. JURIDICA DE HACIENDA/OCAMPO SANT
DESTINO: Destino: OFICINA DE ANALISIS Y CONTROL DE RIESGO/VANE
ASUNTO: Asunto: CONCEPTO ARTICULO 28 DECRETO 390/08
OBS: Obs.: LPA

MEMORANDO

PARA: **OLGA LUCIA VANEGAS SANTOS**
Secretaria Técnica
Comité de Riesgo

H

DE: **VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO**
Directora Jurídica

ASUNTO: Concepto Art. 28 Dcto 390 de 2008

FECHA:

Acuso recibo del radicado 2008IE42159 del 28 de noviembre de 2008, en el cual solicita determinar cuándo un miembro del Comité de Riesgos, puede exponer como excusa la fuerza mayor en caso de inasistencia, de acuerdo al Art. 28 Dcto 390 de 2008, el cual señala que *“La asistencia por parte de los miembros de los comités no podrá ser delegada en ningún otro funcionario, salvo en casos de fuerza mayor”*.

Acuerdo a la norma transcrita, inquiere sobre qué se puede entender como fuerza mayor, si las reuniones de la Alcaldía Mayor y en el Concejo Distrital pueden tener tal alcance, si es necesario delegar en otro funcionario o la sesión del Comité puede realizarse y es válida en ausencia del miembro.

SUSTENTO LEGAL

Sobre el particular es preciso señalar que el concepto de fuerza mayor tiene su origen legal en la Ley 95 de 1890, que se señala:

Artículo 90: “Se llama fuerza mayor ó caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.





CONSIDERACIONES JURIDICAS

Respecto a lo expuesto en el Artículo 28 Dcto 390 de 2008, es necesario precisar que en diferentes clases de normatividad, es usual hallar reseñas de hechos clasificados como de fuerza mayor o caso fortuito. La responsabilidad, las consecuencias legales y sancionatorias, en algunos casos pueden ser mayores o menores obedeciendo a si los hechos acaecieron o no por fuerza mayor o caso fortuito, por lo que es preciso definirlos con exactitud para poder explicar claramente en el caso en comento, si se puede o no invocar esta figura, para no concurrir un miembro del Comité de Riesgos a las reuniones convocadas.

No se puede confundir la fuerza mayor o caso fortuito con la negligencia o la incompetencia, puesto que sólo se puede considerar fuerza mayor y caso fortuito a aquellos hechos a los que no es posible resistirse o que no es posible advertir o preverse.

Veamos ahora, a grosso modo definiciones de estos conceptos:

La Fuerza mayor es todo tipo de imprevisto al que no es posible resistirse, por ser causado por fuerza natural y no humana, ej. un terremoto; el caso fortuito, es un acontecimiento determinado que no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho.

La jurisprudencia, ha controvertido la distinción o, por el contrario, la equivalencia de los conceptos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor aunque, así no sea ese el criterio dominante en la doctrina de la Corte, sí ha sostenido en algunas ocasiones que si bien producen el mismo efecto, ‘esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas’ (Cas. Civ. de 7 de marzo de 1939, XLVII, 707), estableciendo diferencias entre una y otra:

FUERZA MAYOR	CASO FORTUITO
Toca con los hechos producidos por la naturaleza	Conciernen a hechos provenientes del hombre
Es la imposibilidad absoluta para superar el hecho	Es la impotencia relativa para superar el hecho
Está constituida por los hechos más destacados y significativos	Está constituida por los hechos menos importantes
Se estructura por la irresistibilidad del hecho	Se estructura por ser imprevisible el acontecimiento
Consiste en el acontecimiento externo y puramente objetivo	Es el suceso interno que, por ende, ocurre dentro de la órbita de la actividad del deudor o del agente del daño





ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
Secretaría Distrital
Hacienda

85

La doctrina según la cual, hay identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, se basa en que tanto la fuerza mayor como el caso fortuito son hechos imprevistos a los que no es posible resistir y, que sería inexplicable que el legislador definiera de idéntica manera dos nociones diferentes; además que la conjunción o empleada en la expresión “fuerza mayor o caso fortuito”, no es disyuntiva, o sea, no denota diferencia ni separa, sino por el contrario [sic] exterioriza o denota equivalencia. Y así lo ha entendido la Corte, como puede verse en fallos de 26 de mayo de 1936 (XLIII, 581) y 3 de agosto de 1949 (C.J. No. 2075, 585).

Siguiendo el mismo criterio, que no establece diferencia entre los dos conceptos y según el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, vemos que en ambos casos es necesario que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible; y que no se pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

Igualmente es conducente anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo, ya que un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que sea más difícil o más oneroso de lo previsto inicialmente el cumplimiento de la obligación. Si el hecho es imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración del caso fortuito o fuerza mayor. (Sentencia de 31 de agosto de 1942, LIV, 377).

Es pertinente señalar que no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen; conforme a esto, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. (Sentencia de 31 de agosto de 1942, G.J. No. 1989. Pág. 376)

Como acápite de lo antes expuesto, podemos afirmar que no existe un modelo ideal de fenómeno que sirva para determinar si un acontecimiento, considerado en forma abstracta y general, es o no caso fortuito o fuerza mayor, porque, se reitera, para concederle tal categoría, fuera de ser irresistible, debe ser imprevisible, lo que depende esencialmente de la forma como el acontecimiento se presenta, o sea, de las circunstancias que lo rodearon, siendo esencial reconocer y verificar los elementos constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la





ponderación de las pruebas esgrimidas para su exculpación. (Cas. Civ. de 16 de Septiembre de 1961 T. XCVII Pág. 71)".

Del Artículo 90 de la Ley 95 de 1890 y las sentencias analizadas, podemos concluir que para que un hecho pueda considerarse constitutivo de fuerza mayor, debe estar revestido de dos características esenciales como son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Teniendo lugar la primera cuando se trata de un acontecimiento "súbito, sorpresivo, excepcional o de rara ocurrencia", mientras que la segunda se tipifica cuando tal acontecer sea "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

CONCLUSIONES

La Fuerza mayor es todo tipo de imprevisto al que no es posible resistirse, por ser causado por fuerza natural y no humana, ej. un terremoto; el caso fortuito, es un acontecimiento determinado que no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, pues es indispensable, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Ambos términos son análogos pero con características distintas.

En este orden de ideas vemos en primer lugar, el caso fortuito se refiere a hechos originarios del hombre y la fuerza mayor hace alusión a los hechos producidos por la naturaleza; el caso fortuito es la incapacidad relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es el impedimento absoluto; los acontecimientos más acentuados componen casos de fuerza mayor y los menos importantes, casos fortuitos; el caso fortuito es imprevisible y, la fuerza mayor es irresistible; el caso fortuito se presenta en el contorno del agente del daño y la fuerza mayor gravita en sucesos externos; de otro lado, la conjunción en la locución "fuerza mayor o caso fortuito", no es disyuntiva, o sea, no apunta diferencia entre las dos alusiones.

De acuerdo con lo anterior, se concluye, en relación con la fuerza mayor o caso fortuito:

- a) En cada caso concreto se debe analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho, para determinar si éste constituye o no fuerza mayor o caso fortuito.
- b) Los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito deben ser alegados y probados por quien los invoca.
- c) Debe tratarse de hechos imprevisibles e irresistibles, y por tanto sobrevinientes; esto es, que su previsión escape en condiciones normales a cualquier sujeto y no a una persona en particular, y que además de no haberse podido prever, siendo





imposible evitar que el hecho se presente.

d) No constituyen fuerza mayor o caso fortuito los hechos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita.

e) Los hechos no deben ser atribuibles a la culpa, esto es, negligencia, descuido o impericia, de la persona que incumple la obligación o su deber.

Según criterio jurisprudencial, no es posible enunciar una lista de acontecimientos que constituyan fuerza mayor o caso fortuito, pues en cada caso o acontecimiento, se debe examinar y ponderar todos los acontecimientos que encerraron el hecho para reconocer e identificar los elementos integrantes de la fuerza mayor o caso fortuito. Así mismo, no se configura fuerza mayor o caso fortuito cuando el inconveniente, sin imposibilitar el cumplimiento del deber, lo hace más difícil u oneroso que lo pronosticado inicialmente.

Para entender el tema de la delegación, veamos inicialmente de acuerdo al Artículo 27° del Decreto 390 de 2008 la conformación del Comité de Riesgos:

“Comité de Riesgo. La Secretaría Distrital de Hacienda tendrá un Comité de Riesgo que estará integrado por:

a. El (la) Subsecretario (a) Distrital de Hacienda, quien lo presidirá;

b. El (la) Director (a) de Estudios Económicos,

c. El (la) Director (a) de Presupuesto

d. El (la) Director (a) de Crédito Público;

e. El (la) Director (a) Distrital de Tesorería o Tesorero (a) Distrital; y

f. El (la) Jefe de la Oficina de Análisis y Control de Riesgo.

El (la) Director (a) Jurídico (a) de la Secretaría Distrital de Hacienda y el (la) Asesor(a) de Control Interno serán invitados permanentes, con voz pero no con voto. Los demás Directores y/o funcionarios de la entidad podrán asistir en calidad de invitados.

El Comité se reunirá por lo menos una (1) vez en el mes y las decisiones serán aprobadas por la mitad más uno de sus miembros. La Secretaría





ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
Secretaría Distrital
Hacienda

Técnica será ejercida por un funcionario del nivel directivo o asesor de la Oficina de Análisis y Control de Riesgo.”

Las reglas atinentes a la delegación de funciones, están contempladas en la Ley 489 de 1998, siendo según el Artículo 2o. aplicable a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.

La norma en comento en artículos subsiguientes, establece las pautas sobre delegación de funciones, así:

“ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

ARTICULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.*
- 2. Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.*
- 3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.”*

Así mismo, el artículo 28 del Decreto 390 de 2008, es restrictivo en el sentido que sólo concede la facultad de delegar la asistencia a tales comités en otro funcionario en caso de fuerza mayor, y, ya vimos por el desarrollo jurisprudencial de tal concepto, que tipo de hechos pueden ser considerados como tal.

Con arreglo a lo expuesto, el Comité de Riesgos debe especificar el procedimiento, los responsables y la manera como se han de justificar las inasistencias a las reuniones ordinarias de dicho órgano y el análisis que se haga





ALCALDIA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
Secretaría Distrital
Hacienda

89

de los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y, señalar los casos en que se pueden presentar excusas con anterioridad a la realización de las reuniones y cuando pudiéndolo hacer, un miembro no justifique su inasistencia será responsable respecto de las decisiones que se adopten en la reunión a la cual no se excusó por escrito por no concurrir.

Conforme al análisis efectuado, respecto a las reuniones en la Alcaldía Mayor o en el Concejo Distrital, el miembro del Comité de Riesgo que no pueda asistir por dicha circunstancia deberá delegar en un funcionario del nivel directivo o asesor de forma escrita, tal y como lo establece la Ley 489 de 1998, manifestando la fuerza mayor o caso fortuito que le impide acudir al Comité teniendo en cuenta los elementos expuestos en la parte Considerativa.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO POR
Virginia Torres de Cristancho

Proyectó: Liliana Pérez Alarcón *dm*
Revisó: Fabiola Ocampo Santa

