

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de garante / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de tercero civilmente responsable / COMPAÑIA DE SEGUROS - Tercero civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal / COMPAÑIA DE SEGUROS - Calidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal

En este caso es claro que la vinculación de la demandante al proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría Departamental de Arauca se hizo no como posible responsable fiscal, sino como garante de la firma Iconsu Ltda., contratista en el contrato estatal de obra núm. 0784 de 1994, por cuyo incumplimiento se le declaró a dicho contratista como responsable fiscal, tal como se lee en los actos acusados, en los cuales se advierte que la declaración de la responsabilidad fiscal recayó en forma exclusiva en aquella y nunca en la sociedad Seguros Tequendama S.A. Esa vinculación tuvo como fundamento normativo el artículo 79 de la Ley 42 de 1993 (...). Esta disposición no puede entenderse vulnerada en este asunto, como lo estima erróneamente la demandante, como quiera que en ella ni en las demás de la ley 42 de 1993 se establece, en modo alguno, que la vinculación de la compañía de seguros tenga como finalidad declarar su responsabilidad fiscal, pues, se insiste, la misma se produce solo en su calidad de tercero civilmente responsable y por razón del contrato de seguro que ha celebrado con el presunto responsable fiscal (...). Así las cosas, no es posible afirmar, como se hace en el recurso de apelación, que la Contraloría Departamental de Arauca considere a la demandante como un sujeto que maneje fondos y bienes del Estado y que por ende es pasible de control fiscal y de responsabilidad fiscal derivada de su gestión fiscal, por cuanto, como quedó explicado, la vinculación de la sociedad Seguros Tequendama S.A. al proceso fiscal que concluyó con la expedición de los actos demandados, no tuvo como finalidad declararla a ésta como responsable fiscalmente, sino decidir acerca de su responsabilidad civil en su calidad de garante de las obligaciones del contratista del Estado, con quien celebró un contrato de seguros, y a quien sí se le declaró responsable fiscalmente.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993 - ARTICULO 79 / LEY 610 DE 2000 - ARTICULO 44

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 4 de febrero de 2010, Radicado 2002-00907, M.P. María Claudia Rojas Lasso; del 18 de marzo de 2010, Radicado 2004-00529, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; y del 17 de junio de 2010, Radicado 2004-00654, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

RESPONSABILIDAD CIVIL - De aseguradora en proceso de responsabilidad fiscal / CLAUSULA DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Es inocua frente a ejercicio de control fiscal / NORMAS DE ORDEN PUBLICO - Lo son las que regulan el ejercicio de control fiscal / CLAUSULA DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD CIVIL - Desconoce normas de orden público sobre control fiscal / COMPAÑIA DE SEGUROS - Como garante debe ser vinculada como tercero civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal / REITERACION JURISPRUDENCIAL

Cabe destacar, que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de tercero civilmente responsable, opera siempre que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros, inclusive en los casos en que en los contratos de seguros se incluyan cláusulas en las que se pretenda excluir

esa responsabilidad civil, las cuales en todo caso serán ineficaces, por desconocer una norma de orden público.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, del 18 de marzo de 2010, Radicado 2004-00529, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de garante como tercero civilmente responsable / RESPONSABILIDAD CIVIL DE ASEGURADORA - Título de vinculación a proceso de responsabilidad fiscal es el contrato de seguro / VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Objeto: efectividad de la póliza

La efectividad de la póliza de seguros que amparan contratos estatales es posible a través del mecanismo especial establecido en la Ley 42 de 1993 (art. 79), esto es, mediante la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal por parte del órgano que ejerce el control fiscal, como tercero civilmente responsable, cuando quiera que el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza de seguros, vinculación ésta que tiene como fin resarcir en forma efectiva e inmediata el patrimonio público ante el detrimento que ha sufrido por la conducta del responsable fiscal. De otro lado, porque la norma al establecer la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal no señala que ésta no proceda cuando el asegurado haya adelantado los trámites administrativos pertinentes para hacer efectiva la póliza de seguros. La norma solo dispone que cuando existe un asegurador éste debe ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal y a ello fue lo que en efecto procedió la Contraloría Departamental de Arauca. Siendo eso así, era deber de la Contraloría ordenar la vinculación de la demandante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de garante y con fundamento en el contrato de seguros que celebró con el contratista del Departamento de Arauca, así esta entidad territorial mediante acto administrativo (Resolución núm. 588 de 12 de abril de 1995) hubiese declarado el incumplimiento del contrato estatal y ordenado hacer efectiva la póliza de seguros. Además, debe advertirse que la efectividad de la póliza de seguros dispuesta en dicho acto se hizo solo en relación con el pago de la multa por incumplimiento del contrato estatal y de la cláusula penal, en un valor equivalente a tres millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$ 3.498.234.00) y no por razón del perjuicio económico causado al Departamento de Arauca, representado en la suma entregada al contratista a título de anticipo.

FUENTE FORMAL: LEY 42 DE 1993 - ARTICULO 79

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 07001-23-31-000-1998-00875-01

Actor: SEGUROS TEQUENDAMA S.A.

Demandado: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación¹ interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 1998 por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los autos de 6 de marzo de 1997 y 16 de septiembre de 1997, proferidos por la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca dentro del juicio fiscal con radicación núm. 020 de 1996.

I.- ANTECEDENTES

I.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S.A. demandó ante el Tribunal Administrativo de Arauca a la Contraloría Departamental de Arauca, con el objeto de que se accediera a las siguientes:

1.1 Pretensiones

“PRIMERO: Declarar nulos e inaplicables los autos proferidos por la Jefatura de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría del Departamento de Arauca, de fechas seis (6) de Marzo y dieciséis (16) de Septiembre de 1997 dentro del Juicio Fiscal radicación 020 de 1996, mediante los cuales se declaró responsable fiscal a mi representada, se determinó un faltante en su contra y se conminó a pagar dicho faltante y se resolvieron los recursos interpuestos por la vía gubernativa contra dicha decisión.

¹ La Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia mediante auto del 11 de junio de 1999, surtiéndose el trámite legal correspondiente. Posteriormente, por auto del **8 de noviembre de 2010**, se remite el proceso a la Sección Primera en razón a que se trata de un asunto cuyo conocimiento le corresponde a ésta. (fls. 215, 219, 233 y 234 del cuaderno principal del Tribunal)

SEGUNDO: Declarar en consecuencia que debe restablecerse los derechos de mi poderdante SEGUROS TEQUENDAMA S.A. afectados con los mencionados actos y que, en consecuencia, no hay lugar a ordenar el pago, por parte de la misma, de sumas de dinero algunas con motivo de los hechos a que se refieren los autos acusados, o que, subsidiariamente, la Contraloría del Departamento de Arauca deberá reembolsar a la sociedad SEGUROS TEQUENDAMA S.A. cualquier suma de dinero que esta se haya visto obligada a pagar por este concepto, ante reclamación judicial o extrajudicial que se le haya hecho con base en los mismos autos.” (Fls. 8 y 9 cdno. ppal. del Tribunal - mayúsculas sostenidas originales)

1.2 Los hechos

La demandante refiere que el 28 de octubre de 1994 se suscribió entre el Departamento de Arauca y la firma Iconsu Ltda. el contrato núm. 0784, con el objeto de construir las redes de distribución de energía eléctrica de la Urbanización El Morichal II, en el municipio de Tame (Arauca), y que para asegurar el cumplimiento de dicho contrato y la correcta inversión del anticipo, la sociedad Seguros Tequendama expidió una póliza de cumplimiento, distinguida con el núm. 92800, en la cual figuró como asegurado el Departamento de Arauca y como afianzada la firma contratista, señalándose como vigencia de aquella los días 28 de octubre de 1994 a 28 de marzo de 1995.

El 12 de abril de 1995 el Gobernador del Departamento de Arauca expidió la Resolución núm. 588, por la cual declaró el incumplimiento del contrato y ordenó hacer efectivas las multas pactadas, la cláusula penal y la referida póliza de cumplimiento, acto administrativo éste contra el cual se interpuso recurso de reposición, que fue denegado por extemporáneo. Por lo anterior, se formuló demanda contra tales decisiones en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Paralelamente a esa actuación, la Contraloría Departamental de Arauca inició un proceso de responsabilidad fiscal contra la sociedad Iconsu Ltda., profiriéndose como culminación del mismo el auto de marzo 6 de 1997, mediante el cual se declaró responsable fiscal a la citada firma por el incumplimiento del contrato atrás mencionado, en su condición de contratista, se elevó el faltante a favor del

Departamento de Arauca a la suma de \$9.994.958.00 a cargo de aquella y/o de la compañía aseguradora Seguros Tequendama S.A, en su condición de compañía garante, y se conminó al contratista y/o a la aseguradora a pagar esa suma de dinero.

Contra la mencionada decisión se interpuso recurso de apelación², el cual fue decidido por el mismo Jefe de la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca, mediante auto del 16 de septiembre de 1997, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

1.3 Normas violadas y concepto de la violación.

La actora indica como infringidos los artículos 2º de la Constitución Política; 2º del Código Contencioso Administrativo; 2º, 79 y 86 de la Ley 42 de 1993; 1077 y 1080 del Código de Comercio; 1494 y 1602 del Código Civil; y las cláusulas primera y cuarta, numerales 4.1 y 4.3 de la póliza de seguro de cumplimiento.

Al explicar el concepto de la violación, la sociedad demandante adujo que los actos acusados suponen que la sociedad Seguros Tequendama S.A., que es una aseguradora de carácter privado, cumple gestión fiscal y por ende es sujeta a control fiscal y en consecuencia puede ser declarada responsable fiscal, cuando lo mismo no es cierto, y que por tal razón se vulneran los artículos 2 y 79 de la Ley 42 de 1993, el primero, en cuanto establece cuáles son los sujetos del control fiscal y, el segundo, en tanto que consagra que el juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación; tales disposiciones, agregó, no hacen otra cosa que precisar que no puede existir control fiscal y por ende juicio fiscal sino respecto de personas que lleven una gestión fiscal, las cuales no son otras que las que están relacionadas en el artículo 2 citado.

Precisó que cuando el artículo 79 citado en su inciso 2º establece que “el auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código

² Según consta en los actos acusados, la sociedad aquí demandante formuló contra dicha decisión recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Contencioso Administrativo...", dicha alusión al asegurador no es otra que la que se refiere a éste dentro de las pólizas de manejo que eventualmente cubran la gestión fiscal directa del responsable, pero, en ningún caso, al asegurador del cumplimiento de los contratos administrativos o de disposiciones legales., como lo tiene bien establecido la Contraloría General de la República a través de su Unidad de Juicios Fiscales.

Afirmó que la Contraloría Departamental de Arauca violó ostensiblemente la ley marco de control fiscal, puesto que da por hecho que la aseguradora del cumplimiento del contrato estatal puede asimilarse a un responsable fiscal para imponerle las consecuencias económicas de éste, olvidando que, en su carácter de aseguradora, sólo se encuentra sujeta a su obligación contractual frente a la entidad asegurada. A su juicio, lo anterior ha implicado la situación completamente absurda de que, por un lado, esa entidad asegurada, que es en este caso el Departamento de Arauca, está haciendo efectivas las pólizas expedidas a su favor y, por otro, la Contraloría del Departamento, pretende cobrarle por segunda vez las mismas prestaciones a título del ejercicio del control fiscal, al cual la aseguradora no puede encontrarse sujeta.

Señaló, así mismo, que la Contraloría Departamental de Arauca, al expedir los autos acusados, violó por falta de aplicación el artículo 86 de la Ley 42 de 1993, ya que, en lugar de proceder a solicitar al Departamento de Arauca que hiciera efectivas las sanciones respectivas al contratista y, con ello, las pólizas de seguro que garantizaban el cumplimiento del contrato, que era lo indicado conforme a la ley, prefirió arbitrariamente y con exceso de sus facultades legales, sancionar directamente a la aseguradora, identificando su posición a la del responsable fiscal y procediendo a cobrarle un faltante que evidentemente era completamente ajeno a ella y por el cual no puede considerársele responsable.

Estimó que igualmente con los autos acusados se violan los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, que expresan con claridad que la obligación del asegurador dentro del contrato de seguro sólo es exigible por parte del asegurado o beneficiario de la póliza de seguro y previamente a la presentación de una reclamación que debe provenir del mismo, por lo cual, en su sentir, a todas luces es evidente que vincular la responsabilidad del asegurador a través del procedimiento utilizado por la Contraloría Departamental, no sólo resulta contrario a dichas disposiciones legales, sino que es completamente absurdo, si se tiene en

cuenta que el propio Departamento ya había procedido a hacer efectivas las pólizas ejerciendo la legitimidad que le confiere su posición de asegurado dentro de las mismas.

Manifestó que la Contraloría Departamental, siendo completamente ajena al contrato de seguro, no estando facultada por ley alguna para proceder al cobro de las pólizas de seguro y suplantando a las entidades aseguradas, obró contrariamente a la ley ocasionándole con su actuación severos perjuicios.

Anotó, de otro lado, que los actos acusados implican violación flagrante de las cláusulas primera (1ª) y cuarta (4ª), numerales 4.1 y 4.3, de la póliza de seguro de cumplimiento distinguida con el número 92800 y, en consecuencia, de los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, por falta de aplicación, e igualmente del artículo 1080 del Código de Comercio por aplicación indebida.

Indicó, en este sentido, que la vigencia de la póliza de seguro transcurrió entre el 20 de octubre de 1994 y el 28 de marzo de 1995, y que para esta última fecha no se encontraba ejecutoriada la resolución mediante la cual el Departamento de Arauca dio por realizado el riesgo cubierto por dicha póliza; que de conformidad con el texto de la misma póliza en su cláusula 4ª, numerales 4.1 y 4.3, el siniestro no se realiza sino en el momento en que queda ejecutoriada dicha resolución; que en este caso el siniestro no se produjo dentro del periodo de vigencia de la póliza sino posteriormente; que por lo mismo no puede operar en este caso la póliza; y que la resolución proferida está en imposibilidad de afectar a la sociedad demandante y de generarle obligaciones.

Destacó que si ello es así tratándose de una resolución emanada de la entidad asegurada, que sería la única con la virtualidad suficiente para establecer la ocurrencia del siniestro y la consecuente imposición de obligaciones económicas para el asegurador, con mucha mayor razón debe señalarse que al expedir los autos acusados, la Contraloría Departamental de Arauca actuó en abierta violación de las cláusulas del contrato de seguro, cuya efectividad pretende precisamente obtener, toda vez que, sin mediar referencia a acto alguno que conforme al contrato es el único que puede implicar la realización de riesgo asegurado, hace efectiva la obligación que depende de la existencia de dicho acto.

Agregó que lo anterior supone igualmente la violación de la cláusula primera (1ª) del contrato de seguro que claramente expresa que los amparos contenidos en él se otorgan a la entidad contratante asegurada y sólo a ella, y que es a ella, en consecuencia, a la que corresponde el ejercicio de los derechos que emanan del acuerdo.

Explicó que al violar de esa manera las cláusulas del contrato de seguro, la Contraloría Departamental de Arauca violó de contera los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, pues, si pretende establecer una responsabilidad sobre la compañía de seguros sobre la base del contrato de seguro, dicho organismo debió primero que todo ajustarse a las disposiciones del mismo y respetar sus términos, lo cual no hizo, tornándose entonces en arbitrario e ilegal su actuar.

Finalmente, señaló que existe en los actos acusados clara violación del artículo 2º de la Constitución Política y del artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, por falta de aplicación, en razón a que en este caso ha sido particularmente evidente que la actitud asumida por la Contraloría ha tenido características de injusta y discriminatoria persecución contra el patrimonio de aseguradora destinataria de las resoluciones que son objeto de esta demanda.

I.2 Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y procedió a defender la legalidad de sus decisiones, argumentando que, tal como se observa en los actos demandados, a la firma Seguros Tequendama S.A. se le vinculó al proceso en condición de garante y por virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 79 de la Ley 42 de 1993, que impone dicha vinculación cuando quiera que el presunto responsable tenga un asegurador, sin que ello signifique imputar responsabilidad fiscal a la aseguradora; que no existe violación normativa alguna y que las actuaciones de la Contraloría Departamental solo podrían calificarse de exceso en garantizar el derecho de defensa de la compañía aseguradora, lo que por sí mismo no constituye una causal de nulidad que justifique la acción impetrada; que los actos administrativos demandados son de carácter particular y que solo está legitimada en la causa la persona declarada responsable fiscalmente; que la Contraloría Departamental está facultada para cobrar coactivamente los faltantes elevados de conformidad con las disposiciones

de la Ley 42 de 1993; y que no considera haber causado perjuicios que vayan en detrimento de persona alguna.

Con fundamento en lo anterior, formuló la excepción que denominó “carencia de fundamento jurídico para declarar nulos e inaplicables los autos proferidos por la jefatura de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría de Departamento de Arauca, de fecha seis (6) de marzo y dieciséis (16) de septiembre de 1997 dentro del juicio fiscal radicado 020 de 1996”.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia proferida el 29 de octubre de 1998, luego de referirse oficiosamente a la legitimación en la causa por activa, de realizar unas consideraciones sobre el marco constitucional y legal del control fiscal (artículos 267 y s.s. de la C.P. y Ley 42 de 1993), la responsabilidad en la actividad contractual, la naturaleza jurídica y las características del procedimiento de responsabilidad fiscal, y explicar el papel de la aseguradora frente a dicho procedimiento, denegó las súplicas de la demanda, con sustento en las siguientes razones:

Precisó que la obligación de reparación a cargo del autor del daño, es decir, de quien fue encontrado responsable fiscalmente, se fundamenta en un determinado hecho que de acuerdo a la ley conlleva a esa responsabilidad; mientras que la obligación por parte de la aseguradora halla su causa no en la responsabilidad fiscal, porque no es sujeto de la misma, sino en el respectivo contrato de seguro; por ello, la aseguradora en ningún momento al subrogarse en la obligación de pago lo hace en relación a una obligación ajena y mucho menos por razones de que se le impute una responsabilidad fiscal, sino por virtud del contrato de seguro celebrado.

Señaló que no comparte la interpretación referida a que se está considerando a la Compañía Aseguradora como sujeto de responsabilidad fiscal, puesto que en el procedimiento fiscal no se define la conducta de la aseguradora, precisamente porque no tiene la calidad de responsable fiscal, ya que su vinculación a éste, con

base en el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, se realiza en calidad de garante y con fundamento en el contrato de seguro.

Advirtió que en el caso concreto los hechos que originaron la apertura del procedimiento de responsabilidad fiscal no son otros que el incumplimiento del contratista al no ejecutar el contrato, cuyo objeto era la construcción de las redes de distribución de la energía eléctrica en la urbanización el Morichal II, Municipio de Tame; que en el contrato núm. 0784 de diciembre 12 de 1994, se pactó en su cláusula cuarta como valor del mismo la suma de \$19.989.916.20 y que en calidad de anticipo el Departamento entregó al contratista el 50%; es decir, el equivalente a \$9.994.958.00; y que el faltante elevado con base en la responsabilidad fiscal del contratista es precisamente la suma de dinero que se le entregó a título de anticipo.

Afirmó que en el caso que se analiza, la responsabilidad fiscal del contratista está directamente relacionada con sus obligaciones contractuales y específicamente con el riesgo de incumplimiento y anticipo, y que como la garantía única de cumplimiento (póliza núm. 92800) ampara, entre otros, el riesgo de cumplimiento y el buen manejo de la inversión del anticipo con respecto al contrato núm. 0784, no se puede sostener que la aseguradora no podía ser vinculada como garante del faltante elevado fiscalmente.

Resaltó que de acuerdo al artículo 4º de la Ley 42 de 1993 el control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles, y que en el caso que se estudia, el contratista manejaba fondos públicos (el anticipo) y la aseguradora celebró con él un contrato de seguro, donde uno de los riesgos asegurados era precisamente el cumplimiento del contrato y el buen manejo del anticipo.

Indicó que conforme al artículo 82 de la Ley 42 de 1993, ejecutoriado el fallo de responsabilidad fiscal, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables (el contratista) y sus garantes si los hubiere.

Precisó que en materia de vinculación de la aseguradora al procedimiento de responsabilidad fiscal deben tenerse en cuenta los hechos que en cada caso en concreto originan el respectivo juicio de responsabilidad fiscal y la naturaleza del sujeto presunto responsable fiscal (servidor público - contratista), todo con la finalidad de determinar a quién se vincula como garante; por cuanto habrá casos en que efectivamente de acuerdo a los hechos investigados y al sujeto, el garante solamente podrá ser quien aseguró la conducta por ejemplo de un funcionario de manejo, pero habrá otros, como el presente, donde dada la naturaleza de los hechos, la calidad del sujeto y el riesgo asegurado (anticipo), el garante será igualmente quien asumió los riesgos que ampara la garantía única del contrato y que pueden conllevar responsabilidad fiscal para el contratista.

En ese mismo orden de ideas, observó que tampoco es de recibo el argumento planteado por la actora, en el sentido que con la vinculación de la aseguradora como garante se pretenda cobrarle por segunda vez las mismas pretensiones, ya que si se revisa el acto administrativo impugnado, se observara que se ordena cancelar a nombre del tesoro departamental y si la aseguradora o el contratista hubieren cancelado esa suma al mismo, habrán cumplido con lo ordenado en la decisión tomada por el órgano de control fiscal.

De otro lado, estimó que los argumentos relacionados con la violación al artículo 86 de la Ley 42 de 1993 no tienen mérito, en consideración a que: a) el objeto de la responsabilidad fiscal consiste en que las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa y culposa, asuman unas conductas que no estén acordes con la ley, reintegren al patrimonio público los valores correspondientes; b) el fallo con responsabilidad fiscal precisamente se impone cuando no se desvirtúan los cargos formulados y comporta la obligación a cargo de los responsables fiscales o de sus garantes de pagar una suma de dinero; c) precisamente por la naturaleza de la obligación que lleva consigo un fallo con responsabilidad fiscal, la propia Ley 42 de 1993 estableció a partir de su artículo 90 la mal denominada "jurisdicción coactiva" en cabeza del órgano de control judicial; que tiene como objeto " cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos y se desprenden del fallo con responsabilidad fiscal".

Puso de presente que en el procedimiento de responsabilidad fiscal el auto de apertura a juicio fiscal se le notificó a la aseguradora, así como el auto de marzo 6 de 19978 sobre responsabilidad fiscal al contratista y que vinculó a la aseguradora igualmente como garante, frente al cual la aseguradora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, lo que indica que “estuvo a derecho en el procedimiento de responsabilidad fiscal”.

Señaló que, dada la naturaleza de este procedimiento, del objeto de la responsabilidad fiscal y de la vinculación jurídica de la aseguradora, no puede sostenerse que se han violado los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, bajo el equivocado entendimiento que la obligación del asegurador dentro del contrato de seguro sólo es exigible por parte del asegurado o beneficiario de la póliza y previa reclamación, pues la Contraloría, con fundamento en el procedimiento de responsabilidad fiscal, tiene la facultad para vincular a los garantes, el fallo que dicte presta mérito ejecutivo contra el responsable y el garante, y lo puede hacer efectivo con fundamento en la función coactiva.

Apuntó, en cuanto al concepto de violación relativo a la vigencia de la póliza de cumplimiento, que: a) en la presente acción se impugnan unos actos administrativos que determinan como responsable fiscal al contratista y que vincularon en calidad de garante a la aseguradora; b) deben diferenciarse los argumentos que tienden a desvirtuar la presunción de legalidad de los indicados actos administrativos y los argumentos referentes a la ejecución de los mismos; c) la vigencia o no de la póliza, por ejemplo, guarda relación con la ejecución del acto administrativo frente a la aseguradora, pero no alcanza identidad jurídica, per se, para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos, ni la responsabilidad fiscal del contratista.

Expresó que, sin desconocer lo anterior, el riesgo amparado de manejo y buena inversión del anticipo que le fue entregado al contratista y que fundamentó el procedimiento fiscal, está amparado mediante el otorgamiento de la garantía única que se encuentra regulada en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993; que en esta materia de la garantía única habrá que acudir a la ley de contratación y no solamente al Código de Comercio; y que la vigencia de la póliza comprende hasta la liquidación del contrato y la prolongación de sus efectos, según el artículo 60 de dicha ley.

Aclaró que en el procedimiento de responsabilidad fiscal (que tiene naturaleza autónoma, diferente a la responsabilidad civil, penal, disciplinaria) la obligación condicional de la aseguradora, en su calidad de garante, se materializa con la ejecutoria del acto administrativo que declara que en el caso concreto se presenta una responsabilidad fiscal.

Precisó que cuando se está frente a un procedimiento de responsabilidad fiscal, el riesgo amparado se materializa con la ejecutoria del acto administrativo que declara la existencia de una responsabilidad fiscal, y que para el caso concreto, a diferencia de lo que opina la parte actora, éste sí se encuentra comprendido dentro de la póliza núm. 92800, en su cláusula tercera (que dispone que la vigencia no podrá ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato), y en la cláusula cuarta sobre el siniestro (que consagra que el mismo se entiende causado con el acto administrativo que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista); para el caso concreto, reiteró, el acto administrativo lo constituye la decisión de la Contraloría Departamental de declarar responsable fiscalmente al contratista.

Finalmente, anotó que la Contraloría Departamental desarrolló la competencia que por mandato constitucional y legal le fue conferida en materia de control fiscal.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso en forma oportuna recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, invocando como razones de su inconformidad las mismas que adujo en la demanda en el capítulo de normas violadas y concepto de su violación.

Señala, además, que la sentencia que se impugna contiene decisiones que vienen a consagrar una práctica que, a su juicio, es aberrante, consistente en extender la jurisdicción de la Contraloría General de la República sobre particulares que no cumplen ninguna función de manejo de recursos públicos, invadiendo en consecuencia una actividad estrictamente privada, a la cual es ajena por definición ese organismo estatal, con clara violación de normas legales que señalan que, en

lo que se refiere a las aseguradoras que garantizan el cumplimiento de contratos estatales, la Contraloría solamente debe vigilar y estar atenta a que las entidades estatales aseguradas exijan oportunamente el cumplimiento de los compromisos que dichas aseguradoras adquieren frente a ellas.

Agrega que la sentencia apelada contiene la irregularidad de introducir en un contrato eminentemente comercial y privado como el de seguro, contenido en la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, la anómala posibilidad de que una entidad como la Contraloría General de la República, que es por definición extraña y ajena al contrato de seguro, asuma una legitimación de la que carece para hacer efectivos los derechos que en ese contrato sólo pueden atribuirse a las partes que intervienen en él, atentando así, de manera grave e injustificada, contra el principio de la relatividad de los contratos, que es uno de los pilares fundamentales que orientan la teoría general de los negocios jurídicos bilaterales.

Estima que las consideraciones de la sentencia que se impugna omiten cualquier observación de estos hechos incontrovertibles y confunden completamente el sentido que la ley atribuye a los juicios de responsabilidad fiscal, asignados a la jurisdicción de la Contraloría General de la República, solamente en cuanto se trata de perseguir directamente a quienes cometen faltas en el manejo de dineros públicos que se han puesto a su cuidado, contribuyendo de esta manera al proverbial desorden que reina en la actividad de las entidades estatales de control, duplicando innecesariamente la actividad de las mismas y haciéndola, por lo mismo, del todo ineficiente.

Apunta que el caso presente se ha hecho evidente dentro del proceso que el Departamento de Arauca ha adelantado los procedimientos dirigidos a obtener la efectividad de la garantía única de cumplimiento que amparaba el anticipo entregado al contratista Iconsu Ltda., es decir, que con los instrumentos propios del contrato de seguro, el asegurado dentro de la mencionada póliza ha ejercido regularmente sus derechos.

Por lo anterior, se cuestiona, cómo podría justificarse que la Contraloría General de la Nación, renuncie a la persecución del verdadero responsable fiscal, que es el contratista, para buscar innecesariamente, haciendo uso de una jurisdicción que no le corresponde, el cumplimiento de una obligación que ha asumido

privadamente, dentro de una relación eminentemente mercantil, una aseguradora particular, que no es en modo alguno responsable fiscal y que actúa dentro de un contrato del que no es parte la Contraloría General de la República.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En esta etapa del proceso solo intervino la parte actora, para reiterar, en lo fundamental, los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el Agente del Ministerio Público delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Los actos acusados

Se encuentran representados en los autos de 6 de marzo de 1997 y 16 de septiembre de 1997, proferidos por la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca dentro del juicio fiscal con radicación núm. 020 de 1996, actos éstos en cuya parte resolutive se dispuso, en lo pertinente, lo que sigue:

Auto de 6 de marzo de 1997

“ARTICULO PRIMERO:

Se declara RESPONSABLE FISCAL a la firma Iconsu Ltda., representante legal Jairo Francisco Rojas Alierdo, mayor de edad, con domicilio en este municipio,

identificado con la cédula de ciudadanía número 17.580.029 expedida en la ciudad de Arauca, por el incumplimiento en la ejecución del contrato No. 0784 de 1994 celebrado con el Departamento de Arauca y cuyo objeto era la “Construcción de las redes de distribución de la energía eléctrica en la urbanización el Morichal II, en el municipio de Tame, departamento de Arauca”. **Elévese el faltante a favor del Departamento de Arauca a la suma de NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (9.994.958) a cargo de la firma Iconsu Ltda. representada legalmente por el señor Jairo Francisco Rojas Alierdo Y/O a la compañía aseguradora Seguros Tequendama S.A., en su condición de compañía garante.**

ARTICULO SEGUNDO:

Como consecuencia de lo anterior, **conminar a la firma Iconsu Ltda. representada legalmente por el señor Jairo Francisco Rojas Alierdo y/o a la compañía aseguradora Seguros Tequendama S.A., en su condición de compañía garante a pagar la suma de** NUEVE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (9.994.958).

ARTICULO TERCERO:

La anterior suma deberá ser cancelada a nombre del Tesoro Departamental de Arauca en la cuenta corriente No. 13700234-1 del Banco de Bogotá en el término de cinco (5) días a partir de la ejecutoria del presente.” (mayúsculas sostenidas del texto original – negrillas y subrayado de la Sala)

“ARTICULO PRIMERO: NO REPONER la providencia de marzo 6 de 1997 y mantenerla en su integridad.

ARTICULO SEGUNDO: No conceder el recurso de APELACION interpuesto como principal por JAIRO FRANCISCO ROJAS ALIERDO y como subsidiario por la Compañía SEGUROS TEQUENDAMA S.A., por improcedente.” (mayúsculas sostenidas del texto original)

2.- El problema jurídico a resolver

Como quiera que la presente instancia se encuentra delimitada rigurosamente por los términos de la impugnación presentada por la parte actora, la Sala se ocupará de establecer si se vulneran o no las normas superiores invocadas en la demanda, en consideración a que, según la parte actora, en los actos acusados la Contraloría Departamental de Arauca la declara como responsable fiscalmente, desconociendo que dicho organismo no puede hacer esa declaración respecto de quien, como la sociedad Seguros Tequendama S.A., no maneja bienes o fondos del Estado, y que hace efectivos los derechos que se derivan de un contrato de seguro en el cual aquella no es parte.

3.- Análisis de la impugnación

Esta Sección ha precisado en distintos pronunciamientos que la Contraloría General de la República está plenamente facultada, tanto cuando estaba vigente la Ley 42 de 1993³, aplicable en este asunto, como ahora, con fundamento en la Ley 610 de 2000⁴, para vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la compañía

³ Sentencia de 4 de febrero de 2010, proferida dentro del expediente con radicación núm. **2002-00907 01**, demandante: Aseguradora Colseguros S.A, Consejera Ponente: Dra. **María Claudia Rojas Lasso**.

⁴ Sentencias del 18 de marzo de 2010 y del 17 de junio de 2010, proferidas en los expedientes con radicación núm. 25000 2324 000 **2004 00529 01**, actor: Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., y 68001 2315 000 **2004 00654 01**, demandante: La Previsora S.A. Compañía de Seguros, ambas con ponencia del Consejero de Estado Dr. **Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta**.

de seguros, cuando quiera que el presunto responsable, o el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros, y ha puntualizado que tal vinculación, que se autoriza por la ley por economía procesal y con miras a asegurar el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado, no es a título de responsabilidad fiscal, por no ser el asegurador sujeto de control fiscal, sino a título de responsabilidad civil, esto es, en la condición de garante de aquel o aquellos y con fundamento en el contrato de seguros celebrado.

En este caso es claro que la vinculación de la demandante al proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría Departamental de Arauca se hizo no como posible responsable fiscal, sino como garante de la firma Iconsu Ltda., contratista en el contrato estatal de obra núm. 0784 de 1994, por cuyo incumplimiento se le declaró a dicho contratista como responsable fiscal, tal como se lee en los actos acusados, en los cuales se advierte que la declaración de la responsabilidad fiscal recayó en forma exclusiva en aquella y nunca en la sociedad Seguros Tequendama S.A.

Esa vinculación tuvo como fundamento normativo el artículo 79 de la Ley 42 de 1993, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El juicio fiscal es la etapa del proceso que se adelanta con el objeto de definir y determinar la responsabilidad de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

“El auto que ordena la apertura del juicio fiscal se notificará a los presuntos responsables y al asegurador si lo hubiere, en la forma y términos que establece el Código Contencioso Administrativo, y contra él sólo procede el recurso de reposición”.
(se resalta)

Esta disposición no puede entenderse vulnerada en este asunto, como lo estima erróneamente la demandante, como quiera que en ella ni en las demás de la ley 42 de 1993 se establece, en modo alguno, que la vinculación de la compañía de seguros tenga como finalidad declarar su responsabilidad fiscal, pues, se insiste, la misma se produce solo en su calidad de tercero civilmente responsable y por razón del contrato de seguro que ha celebrado con el presunto responsable fiscal.

Sobre este particular la Sala se remite, como lo hizo en otros pronunciamientos, a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-648 de 2002⁵ al declarar la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000⁶, las cuales son plenamente aplicables en este caso, como quiera que esa norma reitera lo señalado en el artículo citado de la Ley 42 de 1993, en cuanto a que la vinculación del asegurador al proceso de responsabilidad fiscal se hace en su condición de garante y no como responsable fiscal.

En esta providencia se dijo en torno al fundamento constitucional de la vinculación del asegurador al proceso de responsabilidad fiscal, así como al contenido y al alcance de esa vinculación, lo siguiente:

“Naturaleza y autonomía de la responsabilidad fiscal

6. Consideran los demandantes que las normas acusadas facultan a las contralorías para establecer todo tipo de responsabilidad, no solo fiscal, y para que juzguen la responsabilidad contractual y extracontractual de funcionarios y particulares, las cuales son de competencia de las autoridades judiciales (C.P., arts. 113 y 116). Agregan que esta intromisión de las contralorías producirá decisiones contradictorias frente a las que profieran otras autoridades.

Al respecto, esta Corporación en diferentes ocasiones ha señalado que en el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes.

En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio

⁵ En esta sentencia la Corte Constitucional señaló como uno de los problemas jurídicos a resolver, definir si cuenta con respaldo constitucional la facultad de las contralorías para vincular como terceros civilmente responsables a las compañías de seguros cuando el objeto del proceso de responsabilidad fiscal recaiga sobre un presunto responsable, bien o contrato amparados por una póliza.

⁶ “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. “

[...]

7. De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección. No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido.

Fundamento y objetivos de la garantía contractual

8. Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se prestan para garantizar la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268.

[...]

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratista.

El objeto de las garantías lo constituye entonces la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

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. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estas: 1ª) Las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política; 2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública.” (negrillas no originales)

Así las cosas, no es posible afirmar, como se hace en el recurso de apelación, que la Contraloría Departamental de Arauca considere a la demandante como un sujeto que maneje fondos y bienes del Estado y que por ende es pasible de control fiscal y de responsabilidad fiscal derivada de su gestión fiscal, por cuanto, como quedó explicado, la vinculación de la sociedad Seguros Tequendama S.A. al proceso fiscal que concluyó con la expedición de los actos demandados, no tuvo como finalidad declararla a ésta como responsable fiscalmente, sino decidir acerca de su responsabilidad civil en su calidad de garante de las obligaciones del contratista del Estado, con quien celebró un contrato de seguros, y a quien sí se le declaró responsable fiscalmente. Tampoco es posible afirmar que la Contraloría renuncie a la “persecución” del verdadero responsable fiscal para actuar frente a la aseguradora, toda vez que ello no ocurre, en razón a que el proceso de

responsabilidad fiscal sí se siguió contra el particular que manejó bienes o recursos públicos, en calidad de contratista del Estado, y a él se le declaró como responsable fiscalmente, en tanto que, se insiste, a la compañía de seguros se le llamó a dicho proceso como garante de aquel.

Ahora bien, cabe destacar, que la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de tercero civilmente responsable, opera siempre que el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza de seguros, inclusive en los casos en que en los contratos de seguros se incluyan cláusulas en las que se pretenda excluir esa responsabilidad civil, las cuales en todo caso serán ineficaces, por desconocer una norma de orden público, tema este último precisado por la Sala en sentencia del 18 de marzo de 2010⁷, en los siguientes términos:

“La cuestión que primeramente se debe despejar en la instancia consiste en establecer si pese a la cláusula de exclusión de responsabilidad fiscal prevista en las Condiciones Generales de la póliza de seguros en mención, jurídicamente la actora podía o no ser vinculada a la actuación administrativa respectiva y ser declarada civilmente responsable en la cuantía amparada por dicha póliza, por causa del faltante dado como ocurrido en el acto acusado; pues no se discute la ocurrencia de los hechos ni ese faltante a que éstos dieron lugar.

[...]

En escrito de Condiciones Generales de la póliza, aparece consignada la 2.5., en la que se dice que **“ESTA POLIZA NO CUBRE LOS RIESGOS DE: (...)** 2.6. RECLAMACIONES PRESENTADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACION CUANDO ESTA NO FIGURE EN LA CARATULA DE LA PÓLIZA COMO ASEGURADO BENEFICIARIO, POR RAZÓN DE LAS INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA EN LAS QUE LIBERTY SEGUROS S.A. SEA VINCULADA DE ACUERDO CON LA LEY 610 DE 2000.” (folio 42)

[...]

A su turno, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, señala:

“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

⁷ Sentencia proferida en el proceso radicado con el número 25000 2324 000 **2004 00529** 01, demandante: Compañía de Seguros Liberty Seguros S.A., demandado: Contraloría General de la República, Consejero Ponente Dr. **Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta**.

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.

[...]

Si bien el texto de la cláusula de exclusión es confusa al hablar de RECLAMACIONES PRESENTADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACION, toda vez que en los procesos de responsabilidad fiscal a que ella se refiere, el ente de control no hace reclamación, sino declaración de responsabilidad fiscal y, en el caso especial de la norma transcrita, de responsabilidad civil, se puede interpretar que la cláusula de exclusión del amparo está dirigida justamente a la eventual declaración de responsabilidad civil; por lo cual es claro que una y otras resultan incompatibles.

Al respecto, baste decir que la cláusula deviene en inocua, por cuanto la norma en comento es de orden público, debido a que regula el ejercicio de una función pública, como es la del control fiscal, según lo establece el artículo 267 de la Constitución Política.

Es así como el artículo 44 hace parte de la regulación de uno de los procedimientos administrativos necesarios para hacer efectiva esa función, así como de la correspondiente competencia de los órganos públicos titulares de dicho control estatal, señalando los supuestos que determinan tal competencia, y su alcance procedimental y sustancial o material, que a tenor del inciso segundo de la precitada norma constitucional, ello le corresponde al legislador.

Pertenece así a la normatividad que regula la organización y funcionamiento del Estado, las competencias de sus órganos y autoridades, así como el manejo, vigilancia y control de sus bienes y recursos económicos, la cual es sabido que constituye el derecho público, luego se está ante una disposición de derecho público, que como tal es de imperativa aplicación por los entes de control fiscal, y consiguientemente se sustrae de la voluntad de los particulares y de toda posibilidad de que las partes en un contrato o cualquier sujeto distinto del legislador pueda disponer algo diferente o contrario a lo que en ella se establece.

Por ende, la situación de toda póliza de seguros que se otorgue para amparar Contratos Estatales, constituye una situación legal y reglamentaria, como se sostiene en el acto acusado, que no puede ser obviada por nadie, y menos por quienes están llamados a ser sujetos pasivos o destinatarios de la norma en comento.

En esas circunstancias, la cláusula en cuestión es jurídicamente irrelevante, ante la prevalencia del aludido precepto legal, y no está demás advertir que a la Sala llama la atención el hecho de que la entidad contratante no se hubiera percatado de esa situación abiertamente irregular de la póliza.

De esa forma, la actora, en tanto garante del contrato motivo de los actos acusados, en especial del anticipo y del cumplimiento por el contratista del objeto del contrato, sí pasó a ser sujeto pasivo de dicha disposición y susceptible de ser afectada en el sentido que prevé, esto es, de ser declarada responsable como tercero civilmente responsable.” (negrillas y subrayas originales)

De otro lado, no es cierto que la actuación de la Contraloría se limite a solicitar a la autoridad administrativa correspondiente la imposición de la sanción respectiva⁸ al contratista que sea declarado como responsable fiscalmente, conforme al artículo 86 de la Ley 42 de 1993, ya que, como quedó visto, dicho órgano de control está plenamente facultado además para vincular al proceso de responsabilidad fiscal, como tercero civilmente responsable, al garante del responsable fiscal, en orden a asegurar el resarcimiento oportuno del Estado por la afectación que ha sufrido en su patrimonio. Por lo tanto, también es infundado el cargo de violación de dicha normativa legal.

Desde otro ángulo de argumentación, la parte actora estima que con los autos acusados se violan los artículos 1077⁹ y 1080¹⁰ del Código de Comercio, que expresan que la obligación del asegurador dentro del contrato de seguro sólo es exigible por parte del asegurado o beneficiario de la póliza de seguro y previamente a la presentación de una reclamación que debe provenir del mismo. En ese sentido, en su criterio, vincular la responsabilidad del asegurador a través del procedimiento utilizado por la Contraloría Departamental, además de ser contrario a dichas disposiciones legales, es completamente absurdo, si se tiene en cuenta que el propio Departamento ya había procedido a hacer efectivas las pólizas ejerciendo la legitimidad que le confiere su posición de asegurado dentro de las mismas.

⁸ Sanción que, según la demandante, llevaría consigo la efectividad de la póliza de seguros que garantizaba el cumplimiento del contrato estatal.

⁹ “Artículo 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. // El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”

¹⁰ “Artículo 1080. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad. //El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.”

La Sala no encuentra tampoco mérito a dichas acusaciones, en razón a que la efectividad de la póliza de seguros que amparan contratos estatales es posible a través del mecanismo especial establecido en la Ley 42 de 1993 (art. 79), esto es, mediante la vinculación de la compañía de seguros al proceso de responsabilidad fiscal por parte del órgano que ejerce el control fiscal, como tercero civilmente responsable, cuando quiera que el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza de seguros, vinculación ésta que tiene como fin resarcir en forma efectiva e inmediata el patrimonio público ante el detrimento que ha sufrido por la conducta del responsable fiscal.

De otro lado, porque la norma al establecer la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal no señala que ésta no proceda cuando el asegurado haya adelantado los trámites administrativos pertinentes para hacer efectiva la póliza de seguros. La norma solo dispone que cuando existe un asegurador éste debe ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal y a ello fue lo que en efecto procedió la Contraloría Departamental de Arauca.

Siendo eso así, era deber de la Contraloría ordenar la vinculación de la demandante al proceso de responsabilidad fiscal, en calidad de garante y con fundamento en el contrato de seguros que celebró con el contratista del Departamento de Arauca, así esta entidad territorial mediante acto administrativo (Resolución núm. 588 de 12 de abril de 1995) hubiese declarado el incumplimiento del contrato estatal y ordenado hacer efectiva la póliza de seguros. Además, debe advertirse que la efectividad de la póliza de seguros dispuesta en dicho acto se hizo solo en relación con el pago de la multa por incumplimiento del contrato estatal y de la cláusula penal, en un valor equivalente a tres millones cuatrocientos noventa y ocho mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$ 3.498.234.00) y no por razón del perjuicio económico causado al Departamento de Arauca, representado en la suma entregada al contratista a título de anticipo.

Aduce también la demandante que los actos acusados infringen algunas de las cláusulas del contrato de seguros (1ª y 4ª, numerales 4.1 y 4.3) y, de esta forma, desconocen lo dispuesto en los artículos 1494¹¹ y 1602¹² del Código Civil, así

¹¹ “Artículo 1494. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a

como del artículo 1080 del Código de Comercio, en consideración, de un lado, a que la Contraloría Departamental de Arauca hace efectiva una obligación que depende de la existencia de un acto administrativo que declare la realización del riesgo asegurado, que ni siquiera menciona en su decisión, y que en todo caso fue expedido por fuera de la vigencia de póliza, y de otro, a que los amparos contenidos en ésta solo se otorgan a la entidad asegurada y solo a ella. Dice, en efecto, que para el 28 de marzo de 1995, fecha hasta la que se extendió la vigencia de la póliza no se encontraba ejecutoriada la resolución por la cual el Departamento de Arauca dio por realizado el riesgo amparado por aquella, y que el siniestro, que solo se realiza cuando queda ejecutoriada ese acto, no se produjo dentro del término de vigencia de la póliza sino después.

En relación con la presunta violación del artículo 1080 del Código de Comercio, por razón del hecho de que el amparo contenido en la póliza de seguros solo se otorga a la entidad asegurada y no a ninguna otra, la Sala se remite a las consideraciones expuestas previamente en donde se examinó que dicha normativa no resulta infringida, y agrega que independientemente de que en el contrato de seguros aparezca como asegurado el Departamento de Arauca, lo que la misma ampara es el patrimonio del Estado, cuya salvaguarda se procura a través de los actos acusados.

Sobre la otra parte de la censura, se advierte que la misma no es cierta, en consideración a que: i) en uno de los actos acusados (el que resuelve los recursos interpuestos contra el auto del 6 de marzo de 1997) sí se hace alusión a la Resolución núm. 588 de 12 de abril de 1995, expedida por el Gobernador del Departamento de Arauca, mediante la cual se declara el incumplimiento del contrato de obra núm. 0784 de octubre 28 de 1994 y se ordena la efectividad de la póliza núm. 98200 de la sociedad Seguros Tequendama S.A. suscrita en favor de esa entidad territorial, para señalar que la falta de ejecutoria de ese acto no impide el cumplimiento de lo decidido por el órgano de control; y ii) a que el referido acto administrativo que declara la realización del riesgo amparado en la póliza de seguro sí fue expedido dentro de la vigencia de la misma, la cual, de acuerdo con los términos del contrato de obra pública que garantiza, con la ley que lo rige, y

consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

¹² “Artículo 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

con el mismo texto de las condiciones generales de la póliza, no se extiende hasta el 28 de marzo de 1995 -fecha indicada en la carátula de la misma-, sino hasta la fecha de liquidación del contrato, la cual se ordenó precisamente en la misma resolución que declara la realización del riesgo.

Sobre esto último resulta relevante examinar los elementos de prueba que obran en el expediente y que dan cuenta de lo siguiente:

En el cuaderno de pruebas aparece copia auténtica del contrato de obra pública núm. 0784 del de 28 de octubre de 1994¹³, celebrado entre el Departamento de Arauca y la firma Iconsu Ltda., del cual se destacan las siguientes cláusulas:

“PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato es LA CONSTRUCCION DE LAS REDES DE DISTRIBUCION DE LA ENERGIA ELECTRICA EN LA URBAIZACION EL MARICHAL II, EN EL MUNICIPIO DE TAME, DEPARTAMENTO DE ARAUCA.”

[...]

“SEPTIMA. PLAZO. EL CONTRATISTA se compromete a iniciar los trabajos objeto de este contrato dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la fecha de recibo del anticipo y a entregarlos a satisfacción DEL DEPARTAMENTO en un término de DOS (2) MESES, contados a partir de la iniciación de las obras, de lo cual se dejará constancia en un acta debidamente firmada por EL CONTRATISTA y el Interventor.”

[...]

“DÉCIMA. GARANTÍAS. EL CONTRATISTA se obliga a constituir a su costo y a favor DEL DEPARTAMENTO, GARANTÍA ÚNICA consistente en pólizas expedidas por compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia o en garantía bancaria que avalará: a) El cumplimiento del contrato, el valor de las multas, cláusula penal pecuniaria, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10 %) del valor total del contrato y por término igual al plazo del contrato y tres (3) meses más. En todo caso no podrá ser inferior al término de liquidación del contrato y tres (3) meses más. b) buen manejo y correcta inversión del anticipo, Por una cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del valor total del mismo y por término igual al plazo del contrato y tres (3) meses más. En todo caso no podrá ser inferior al término de liquidación del contrato y tres (3) meses más. c) pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. Por una cuantía equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del presente contrato y un término igual al plazo del contrato y tres (3) años

¹³ Folios 54 a 60.

más. d) Estabilidad de la obra, por una cuantía equivalente al diez (10%) del valor del contrato y un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de recibo de la obra a satisfacción DEL DEPARTAMENTO, e) Responsabilidad civil; por una cuantía equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato, por el término de su duración y tres (3) años más, f) Todas las demás obligaciones que surjan del contrato, la cual mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Esta garantía se debe entregar AL DEPARTAMENTO dentro del periodo de legalización del contrato y es requisito esencial para su ejecución

[...]

VIGÉSIMA TERCERA. LIQUIDACION DEL CONTRATO. La liquidación del presente contrato se hará de acuerdo con las normas establecidas en el título VI de la Ley 80 de 1993, dentro de un término de cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación o a la fecha del acuerdo que la disponga.”

Las cláusulas relativas a las garantías y a la liquidación del contrato se encuentran en armonía con lo que sobre tales materias dispone la Ley 80 de 1993, a la cual se sometió el citado contrato. En los artículos 25 núm. 19 y 60 en efecto se dispone lo siguiente:

“Artículo 25º.- Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

[...]

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros. Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que

celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.” (negritas ajenas al texto original)

“Artículo 60º.- De Su Ocurrencia y Contenido Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”

Ahora bien, en cumplimiento de lo acordado en el contrato de obra pública 0784 de 1994, la firma Iconsu Ltda. prestó a favor del Departamento de Arauca una póliza única de seguros expedida por la sociedad Seguros Tequendama S.A.¹⁴, de cuya carátula y anexo de condiciones generales se destaca lo siguiente:

“POLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES (LEY 80 DE 1993). Su tomador fue la firma ICONSU LTDA. El asegurado o beneficiario era el DEPARTAMENTO DE ARAUCA.

Su objeto se describe así: *“GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO, EL BUEN MANEJO E INVERSION DEL ANTICIPO, EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL DEL CONTRATO # 0784 DE FECHA 24 DE OCTUBRE DE 1994, REFRENTE A LA*

¹⁴ Folios 21 a 23 del cuaderno principal del Tribunal.

CONSTRUCCION DE REDES DE DISTRIBUCIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA URBANIZACIÓN EL MORICHAL II, EN EL MUNICIPIO DE TAME, DEPARTAMENTO DE ARAUCA”.

La vigencia señalada en su carátula, en relación con el “CUMPLIMIENTO Y ANTICIPO” desde el 28 de octubre de 1994 hasta el 28 de marzo de 1995.

En escrito de Condiciones Generales de la póliza, aparece consignada la 3, relativa a la vigencia, en la que se dice que: *“la vigencia de los amparos otorgados por la presente póliza se hará constar en la carátula de la misma o sus anexos. **La vigencia no podrá ser inferior al plazo de ejecución y liquidación del contrato**”.* (se resalta)

Sobre el siniestro en la cláusula 4 se dice que:

“Se entiende causado el siniestro:

4.1 Con el acto administrativo que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza, por causas imputables al contratista.

4.2 En el caso de incumplimiento del contrato con el acto administrativo que declare la caducidad del contrato, por causas imputables al contratista.

4.3 En los casos de multas y cláusula penal con el acto administrativo que imponga las multas o cláusula penal estipuladas en el contrato”.

El acto administrativo que declara la realización del riesgo de la póliza está contenido en la Resolución núm. 588 de 12 de abril de 1995, expedida por el Gobernador del Departamento de Arauca, acto éste en cuya parte resolutive se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO: Declarar el incumplimiento del contrato No. 0784 de octubre veintiocho (28) de 1994 y en consecuencia hacer efectiva la Cláusula Décima Tercera en su Literal a) imponiendo las multas por incumplimiento del plazo del contrato, equivalente a pagar al Departamento el siete punto cinco (7.5%) por ciento, del valor total del contrato de multas y el (10%) del valor del contrato en calidad de cláusula penal pecuniaria, suma que se hará efectiva directamente por el Departamento de Arauca, y que asciende a TRES MILLONES CUATROCIENTOS

NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE. (\$3.498.234.00)

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la liquidación del contrato en el estado en que se encuentra, conforme lo establece la cláusula vigésima tercera del contrato precitado.

ARTICULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza única de seguro que amparan (sic) el cumplimiento del contrato, el valor de las multas y la cláusula penal pecuniaria y el buen manejo y correcta inversión del anticipo expedidas (sic) por SEGURO TEQUENDAMA, y que corresponde al No. 92800, suscrita por el contratista en favor del Departamento de Arauca.

[...]"

En ese orden, es claro que no existe violación alguna a las normas del Código Civil que se aducen en la demanda, como tampoco, se reitera, del artículo 1080 del Código de Comercio.

4.- Conclusión

En las anteriores condiciones y, como quiera que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, la Sala confirmará la sentencia apelada, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Por 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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, de fecha 29 de octubre de 1998, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó la pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los autos de 6 de marzo de 1997 y 16 de septiembre de 1997, proferidos por la División de Juicios y Ejecuciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Arauca dentro del juicio fiscal con radicación núm. 020 de 1996.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 29 de Septiembre de 2011.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
Presidente

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO