

**AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA - Presupuesto procesal. Finalidad / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Debe contener las mismas pretensiones solicitadas en vía gubernativa / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - No es necesario que se aduzcan los mismos argumentos planteados en vía gubernativa / ARGUMENTOS NUEVOS - Posibilidad de aducirlos en la vía judicial / INDEBIDO AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA - Inexistencia de la excepción cuando se aducen causales distintas a las expuestas en vía gubernativa**

A la luz del artículo 135 del C.C.A. el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para ejercer la acción y su finalidad es, de una parte, brindar al administrado la oportunidad de solicitar el restablecimiento de sus derechos sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, darle a la Administración la oportunidad de revisar su decisión para que si la encuentra ilegal la modifique, aclare o revoque y así evitar el posible detrimento del patrimonio público que se causaría con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho haga el administrado contra el acto ilegalmente expedido. Dicho presupuesto procesal se cumple cuando contra los actos definitivos de carácter particular y concreto o contra los de trámite, cuando hagan imposible continuar la actuación, se interpone dentro del término legal otorgado para el efecto el recurso de apelación, bien directamente y como principal, o bien simultáneamente y como subsidiario del de reposición. Una vez resueltos los recursos, el administrado, si a bien lo tiene, puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad de la decisión que, a su juicio, conculcó sus derechos, acción en la que debe impetrar las mismas pretensiones solicitadas en la vía gubernativa, aunque no necesariamente bajo los mismos argumentos allí planteados, pues lo importante es que los expuestos ante esta jurisdicción convenzan al juzgador de que la decisión se encuentra afectada por alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A. La Sección Cuarta, respecto del agotamiento de la vía gubernativa expuso las siguientes consideraciones, que la Sala comparte en esta oportunidad: "...no existe ninguna limitación para que ante la jurisdicción puedan aducirse nuevos y mejores argumentos a los expuestos en vía gubernativa como causal de nulidad de los actos administrativos cuya legalidad se impugna. En efecto, ... las causales de nulidad son las consagradas en el artículo 84 del C.C.A., para todos los actos administrativos, y su invocación no está condicionada a que se hubieren alegado en la vía gubernativa. De donde se deduce la posibilidad de alegar causales nuevas no planteadas inicialmente, pues el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el segundo inciso del artículo 84...". Como quiera que no prospera la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa que encontró probada el Tribunal frente a algunos de los argumentos expuestos por la actora en su demanda, procede la Sala al estudio de todos los cargos (...).

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 135

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la posibilidad de aducir en la demanda argumentos nuevos o mejores que los expuestos en la vía gubernativa se cita sentencia, Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente núm. 14113 de 17 de marzo de 2005, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

**PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Ley aplicable / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No tiene término de caducidad según Ley 43 de 1992 / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No tiene carácter sancionatorio. Inaplicabilidad del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Término de caducidad según Ley 610 de 2000**

Teniendo en cuenta el contenido de la norma transcrita [Ley 610 de 2000, artículo 67], para la Sala no queda duda alguna de que como el auto de cierre de investigación fiscal y orden de apertura del juicio fiscal se expidió el 2 de febrero del 2000, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 610 (18 de agosto de 2000), el proceso de responsabilidad fiscal que culminó con los actos acusados debió regirse por la Ley 43 de 1992 (sic) razón por la cual no es de recibo la caducidad alegada por la demandante respecto de la facultad de la Contraloría para expedir el fallo con responsabilidad fiscal, pues la Ley 42 de 1993 nada decía sobre el particular y de ahí que en numerosas providencias esta Corporación reiteró que teniendo en cuenta que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, no puede aplicársele el término de caducidad que para el efecto señala el C.C.A. en el artículo 38 cuando dice: “Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de produjo el acto que pueda ocasionarlas”. Sin embargo, esta Corporación aclara que si bien es cierto que la Ley 610 del 2000 en su artículo 9° dispuso que si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal la acción fiscal caducará, de todas maneras aplicando esta norma al caso sub examine se tiene que como el desembolso del crédito se produjo el 16 de junio de 1997 y el auto de apertura del proceso fiscal se llevó a cabo el 2 de febrero del 2000, la acción fiscal no había caducado.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 38 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 9

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Competencia para fallar con responsabilidad fiscal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Es posible la vinculación de garantes / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Su fallo presta mérito ejecutivo contra los garantes vinculados / RESPONSABILIDAD FISCAL - Finalidad. Características / CONTRATO DE SEGUROS - Características / COMPAÑIA DE SEGUROS - Es vinculado como tercero civilmente responsable en procesos de responsabilidad fiscal / VINCULACION DE COMPAÑIA DE SEGUROS A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Fundamentos de su procedencia**

En cuanto a la falta de competencia de la Contraloría General de la República para fallar con responsabilidad fiscal en contra de la demandante, esta Corporación se remite a lo previsto en los artículos 79 y 82 de la Ley 42 de 1993, que disponen: “Artículo 79. 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”. “Artículo 82. Una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables y sus garantes, si los hubiere, de acuerdo con la regulación referente a la jurisdicción coactiva prevista en el capítulo siguiente”. Como se advierte, las normas anteriores expresamente permiten no sólo que a los

garantes de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación se les vincule al juicio fiscal, sino que el fallo que se dicte con responsabilidad fiscal preste mérito ejecutivo contra los mismos. Adicionalmente, la Sala considera pertinente traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inexecutableidad contra el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, en la cual se adujeron las mismas razones que las que aquí aduce la demandante para sustentar el cargo de incompetencia de la Contraloría General de la República: “ (...)” 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 contratistas. “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 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”.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 44 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 79 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 82

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 se cita sentencia, Corte Constitucional, C-648 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

**FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Declaración de responsabilidad de Aseguradora. Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa / CONTROL FISCAL - Definición según Ley 42 de 1993 / CONTRATO DE SEGURO - Debe amparar el siniestro para que la compañía sea declarada fiscalmente responsable / FALTA DE PAGO DE PRESTAMO - Encuadra dentro del amparo de infidelidad de empleados / INFIDELIDAD DE EMPLEADOS - Se presenta por conductas fraudulentas o deshonestas en desembolso de crédito**

Además, la parte actora considera que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para dirimir las diferencias que existen entre ella y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación respecto del contrato de seguro, frente a lo cual cabe anotar que lo que aquí se está debatiendo no es el contrato de seguro como tal, sino el fallo con responsabilidad fiscal, acto administrativo que declaró a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. fiscalmente responsable, en su calidad de garante, por la actuación de sus empleados. Por lo demás, no debe olvidarse que la Ley 42 de 1993 en su artículo 4º prevé que “El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”. En consecuencia, la Sala debe establecer si dentro de la póliza global número 393-1 expedida por la demandante se encontraba amparado el siniestro ocurrido, esto es, el no pago del crédito otorgado por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (asegurada) a favor de CONSTRUCOM LTDA. por valor de \$300'000.000.00, con el fin de concluir si podía o no la demandante ser declarada fiscalmente responsable, se reitera, en su condición de garante de la actuación de sus empleados (...). La Sala observa que el Tribunal equivocadamente consideró que en este caso el riesgo asegurado fue el contenido en el literal E), numeral i), sin tener en cuenta que lo allí previsto esto es, la falta de pago total o parcial de cualquier préstamo efectuado por la Caja Agraria constituye, precisamente, una exclusión. Sin embargo de lo anterior, esta Colegiatura estima que el no pago del préstamo por parte de CONSTRUCOM LTDA. encuadra dentro del amparo denominado “infidelidad de empleados”, en cuanto los entonces funcionarios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero que fueron declarados también fiscalmente responsables, a saber, los señores Judith María Moscote Mendoza y Edgardo Evaristo Solano Palmezano autorizaron y desembolsaron el préstamo en cuestión sin el lleno de los requisitos legales previstos para el efecto, conducta que puede denominarse fraudulenta o deshonestas, en cuanto tenían pleno conocimiento de la exigencia previa de tales requisitos para poder autorizar y desembolsar el crédito.

**FUENTE FORMAL:** LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 4

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero del dos mil diez (2010)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00907-01**

**Actor: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**

**Demandado: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE LA GUAJIRA**

**Referencia: APELACION SENTENCIA**

La Sección Primera de esta Corporación procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 2 de marzo del 2006, proferida por la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró no probada la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 44 de la Ley 610 del 2000; declaró probada de oficio la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa; y denegó las pretensiones de la demanda.

### **I.- ANTECEDENTES**

#### **a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.**

ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

1º. Que es nulo el Fallo con Responsabilidad Fiscal 11 del 18 de diciembre del 2000, proferido por el Grupo de Investigaciones Fiscales, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental de la Guajira, en cuanto declaró fiscalmente responsable a la actora, "*hasta el monto asegurado en calidad de garante del responsable fiscal*" y del auto 1729 del 1º de agosto del 2002, mediante el cual la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios

Fiscales y Jurisdicción Coactiva General resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal antes identificado.

Como petición primera subsidiaria solicita que se declare la excepción de inconstitucionalidad, por interpretación errónea, del artículo 44 de la Ley 610 del 2000 y se declare la nulidad de lo actuado respecto de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. en el proceso de responsabilidad fiscal 055-01-06-2000.

Como petición subsidiaria segunda solicita que se declare que ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. no puede ser declarada responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal 055-01-06-2000 y que cualquier diferencia con la actora sobre la afectación del amparo debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria.

Como petición subsidiaria tercera solicita que se declare que ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. no puede ser declarada responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal 055-01-06-2000, porque la existencia de un daño para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero es de carácter puramente eventual, mientras no se conozca el resultado de los procesos de ejecución que ésta adelanta contra los responsables de los créditos.

#### **b.- Los hechos de la demanda**

La parte actora expone como fundamento de su acción, los siguientes hechos:

- El 21 de mayo de 1997 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aprobó a favor de CONSTRUCOM LTDA. el crédito 25727 en cuantía de \$300'000.000.00, cuya destinación consistía en la terminación de las obras de la Central de Transporte de Maicao-CENTRAMA S.A. y quien según acta de acuerdo del 21 de mayo de 1997 asumió la obligación de pagar dicho empréstito. Por tanto, previo al desembolso del crédito aprobado debía exigirse como garantía la firma del representante legal de la empresa y el certificado expedido por FIDUAGRARIA para el manejo de todos los ingresos y el pago de sus obligaciones; por oficio 1728 del 3 de junio de 1997 de la Vicepresidencia de Crédito, Cartera y Comercial, se le informa al Jefe de Unidad Especial que en acta 7 del 21 de mayo de 1997 se aprobó un crédito por \$300'000.000.00 a CONSTRUCOM LTDA. y se ordenó efectuar el desembolso del crédito.

- El crédito en mención fue consignado en el contrato de empréstito 144-9504 suscrito entre CENTRAMA S.A. y la Caja Agraria, en el que se constituyó prenda abierta a favor de esta última y en virtud del cual la primera se hacía cargo de su pago.

- Para garantizar el crédito se emitió el pagaré 257-27 del 16 de junio de 1997, por valor de \$300'000.000.00, suscrito por CONSTRUCOM LTDA.

- La División de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, Seccional Guajira de la Contraloría General de la República, inició investigación fiscal contra los señores Pablo José Ramírez Hernández, Nicolás Gómez Rangel, Judith María Moscote Mendoza y Edgardo Evaristo Solano Palmesano, funcionarios de la Caja Agraria, sobre la base de que el desembolso se efectuó sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por esa entidad para el efecto. El auto de apertura de investigación fiscal 55 se profirió el 18 de junio de 1999.

- Por auto del 2 de febrero del 2000 se decretó el cierre de investigación y se ordenó la apertura del juicio fiscal 55, al considerar que *“Es evidente que los funcionarios Nicolás Gómez Rangel y Judith María Moscote Mendoza que inicialmente emitieron concepto favorable, de la solicitud hecha por Construcocom Ltda...; Pablo José Ramírez Hernández quien aprobó el crédito y luego modificó el contrato de empréstito suscrito entre la Caja Agraria y Centrama Ltda.; Edgardo Evaristo Solano Palmesano y Judith María Moscote Mendoza quienes desembolsaron los recursos sin el lleno de los requisitos exigidos, no cumplieron con sus funciones, y con esa actitud omisiva le causaron presumiblemente un detrimento al patrimonio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en la suma de trescientos millones de pesos”*. Asimismo, en ese pronunciamiento se ordenó vincular a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

- El anterior auto fue recurrido por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., quien solicitó que fuera exonerada de toda responsabilidad de índole fiscal.

- Mediante los actos acusados se fijó responsabilidad fiscal, entre otros, a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en su calidad de garante del responsable fiscal.

- La ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. fue vinculada al proceso con base en la póliza global bancaria núm. 393-1, por considerar que la misma se refiere a la pérdida de bienes, sin tener en cuenta las condiciones de amparo que allí se contemplan.

- La demandada identificó el incumplimiento en los trámites previstos para los préstamos con la existencia de "... *faltante de fondo público en las arcas de la entidad...*", lo cual no resulta exacto, si se tiene en cuenta que en el fallo que se demanda se indicó la existencia del "*Pagaré No. 257-27 de junio 16 de 1997 por valor de \$300'000.000.oo suscrito por CONSTRUCOM LTDA. a folio 284...*".

- No se encuentra demostrada la ocurrencia de perjuicios, como tampoco se ha pretendido hacer judicialmente efectivo el pagaré 257-27.

- Como el contrato motivo de investigación fue suscrito el 16 de junio de 1997 y en la misma fecha se ordenó el desembolso, es evidente que para el 1º de febrero del 2001, cuando se notificó a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. el fallo con responsabilidad fiscal 11 del 18 de diciembre del 2000, la facultad sancionatoria se hallaba caducada.

### **c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 14, 23, 25, 26, 29, 58, 90, 314 y 315 de la Constitución Política; 1495, 1498, 1501, 1546, 1602, 1603, 1608, 1609, 1613, 1614, 1615, 1617 y 1653 del Código Civil; 823, 1040 del Código de Comercio por las razones que, en síntesis, se expresan a continuación:

**Primer cargo.-** Sostiene que era improcedente la vinculación de la aseguradora y que por ende, es nulo el proceso de responsabilidad fiscal respecto de la demandante por falta de jurisdicción (artículo 140, numeral 1 del C. de P.C.), pues no se trató de un seguro de garantía, además de que como la Caja Agraria es una sociedad de economía mixta sujeta al derecho privado, sus controversias se ventilan ante la jurisdicción ordinaria.

Que la póliza global bancaria 393-1, con vigencia comprendida entre el 7 de diciembre de 1996 y el 6 de diciembre de 1997 tiene como tomador, asegurado y

beneficiario a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria, contrato que sirvió de base para vincular a la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, pese a la perentoria disposición del artículo 1040 del Código de Comercio, que dispone que *“El seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero”*, lo que no ocurrió en la citada póliza; y que no es un seguro de garantía, además de que no está comprobado que las conductas desarrolladas por los funcionarios de la Caja Agraria se encuentren contempladas dentro del amparo invocado de *“infidelidad de empleados”*.

Considera que las diferencias entre la aseguradora y la Caja Agraria no son materia que puedan definirse dentro del proceso de responsabilidad fiscal, sino que deben ser dirimidas por la jurisdicción ordinaria; que sobre ellas no tiene jurisdicción la Contraloría General de la República; y que la falta de jurisdicción es una excepción previa e insaneable.

A su juicio, existe una confusión entre la finalidad de la póliza global bancaria y el seguro de manejo previsto en el artículo 1º de la Ley 225 de 1938, subrogado por el 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el cual dispuso que *“Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables ...”* y como destinatarios del seguro señaló a *“Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a instituciones o entidades en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de la misma; los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro a que este estatuto se refiere”*, confusión que se debe a que a la póliza global bancaria se le da el carácter de seguro de manejo o de cumplimiento, en los términos de la disposición antes transcrita.

Recuerda que la póliza global bancaria es un seguro de daños de la especie de los patrimoniales, pero que no puede identificársele con el seguro de manejo o de cumplimiento, como tampoco con el seguro de responsabilidad civil, aunque algunos de sus anexos respondan a esa naturaleza.

Dice que en virtud del artículo 44 de la Ley 610 del 2000, por el sólo hecho de la existencia de una póliza, las aseguradoras no pueden ser llamadas en garantía a los procesos de responsabilidad fiscal, pues no siempre que existe una póliza de seguro amparando a los funcionarios de la entidad asegurada o a los bienes de ésta se configura una relación de garantía, ya que tales pólizas están supeditadas a la ocurrencia de riesgos claramente definidos en ellas.

Que el contrato de seguro de daños no es a favor de terceros y que la única excepción a este principio la constituye el artículo 87 de la Ley 45 de 1990, que estableció la acción directa del damnificado en contra del asegurador en el seguro de responsabilidad civil y concluye que, en consecuencia, la jurisdicción competente para dirimir si las pólizas se encuentran o no afectadas es la jurisdicción ordinaria y no el proceso de responsabilidad fiscal.

Precisa que dentro de las condiciones de la póliza no se contempla definición alguna sobre la expresión *“actos deshonestos o fraudulentos”*; que de acuerdo con el artículo 823 del Código de Comercio *“Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano”*; y que la expresión *“actos deshonestos o fraudulentos”* de los empleados se entiende que comprende las conductas intencionales o dolosas tendientes a causarle un perjuicio al banco.

Como conclusión de este primer cargo expresa que la vinculación de una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal será ajustada a la ley si se cumple bajo un seguro de fianza o de caución que sirva como garante o respaldo de la respectiva entidad estatal y que en los demás casos, para poder reclamar indemnizaciones bajo la póliza, es preciso tener el carácter de asegurado o beneficiario.

**Segundo cargo.-** Considera que fue violado el debido proceso por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 14, 23, 25, 29, 58, 83 y 121 de la Constitución Política y 3º, 14, 15, 28, 35 y 36 del C.C.A.

Señala que el proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza jurídica administrativa y que dentro de la actuación correspondiente se encuentran

claramente delineadas varias etapas: aquella que antecede a la decisión, la decisión misma y la de impugnación o vía gubernativa.

Con relación a la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal destaca que tal posibilidad se encuentra prevista en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, disposición que guarda íntima relación con el régimen de contratación estatal (Ley 80 de 1993), donde se exige para la legalización del respectivo contrato la aprobación de la garantía única constituida por el respectivo contratista y la certificación sobre la disponibilidad presupuestal para el contrato en cuestión.

Menciona que es una violación manifiesta del derecho de defensa cuando en los actos acusados se omitieron las razones de hecho y de derecho que sustentaron el proceder de la Administración (principio de publicidad); y que no basta que a la aseguradora se le haya notificado una actuación procesal que la convoca a vincularse, pues también tiene el derecho a conocer las razones que motivaron a la Contraloría para vincularla como tercera civilmente responsable, porque el título de imputación de la compañía de seguros no puede derivarse simplemente de la existencia de una póliza de seguro sino de su contenido, es decir, si los hechos acreditados en el proceso encuadran dentro de los amparos del respectivo contrato de seguro.

**Tercer cargo.-** Estima que los actos acusados se encuentran falsamente motivados, por cuanto en este caso se vinculó a la aseguradora sin razonamiento alguno sobre la procedencia de esa medida, pues el auto del 2 de febrero de 2000 (de cierre de investigación fiscal y orden de apertura del juicio fiscal) en su parte motiva no hace la más mínima referencia a la aseguradora y sólo en su artículo 4º ordena notificarla; en el auto del 7 de abril del 2000, al desatar el recurso de reposición contra el anterior, la Contraloría se limita a afirmar que “... *el despacho cree que no está exenta de la presunta responsabilidad*” y en el fallo con responsabilidad fiscal 11 del 18 de diciembre de 2000, sin consideración alguna en la parte motiva respecto de la aseguradora, se le condena en su artículo 2º “*en calidad de garante del responsable fiscal*”.

En consecuencia, considera que la motivación del acto no es seria, adecuada y suficiente.

#### **d.- Las razones de la defensa**

La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA al contestar la demanda señala que la Caja de Crédito Agrario es una sociedad de economía mixta en la que el aporte estatal supera el 90% y, por tanto, está sujeta a su control.

Se refiere a que el Consejo de Estado en sentencia del 24 de agosto de 2000 precisó la naturaleza jurídica del contrato de seguro así:

*“Si bien el contrato de seguro por naturaleza es de derecho privado, la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella”.*

Que, en consecuencia, no es cierto que las diferencias entre la aseguradora y la Caja Agraria sean materia que no pueda definirse dentro del proceso de responsabilidad fiscal sino por la jurisdicción ordinaria.

Menciona que el objeto de las garantías lo constituye la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasiona 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 comprometen su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

Se remite a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002 al revisar la constitucionalidad del llamamiento que se hace a las compañías de seguro dentro del proceso de responsabilidad fiscal, para concluir que es válido que en éste se vincule a las compañías aseguradoras que actúan como garantes de la Administración, sin que esta actuación determine o implique la intromisión de la Contraloría en una órbita fuera de los límites de su competencia y mucho menos la nulidad de los actos que se expiden como consecuencia de la ejecución que se adelante en contra de los responsables fiscales.

Anota que los numerales 1 y 12 del artículo 268 de la Constitución Política le confieren atribuciones al Contralor General de la República para revisar y fenecer las cuentas correspondientes y determinar el grado de eficiencia y economía con que se haya obrado; exigir informes sobre la gestión fiscal a toda persona que administre

fondos o bienes de la Nación; establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal; e imponer las sanciones que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

Que el proceso de responsabilidad fiscal es definido en la Ley 42 de 1993 (artículo 72) como el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar las consecuencias que en esa materia le corresponden a los servidores públicos y a los particulares por la gerencia irregular del patrimonio estatal en todos los órdenes y niveles.

Pone de presente que en el caso de la demandante se aplicaron las disposiciones de la Ley 42 de 1993 por haberse dictado auto de apertura a juicio fiscal antes de entrar en vigencia la Ley 610 de 2000 y que de conformidad con el artículo 79 de la primera de las citadas, cuando a un funcionario público se le abre juicio fiscal en el cual se vean comprometidos dineros públicos por mal manejo se deberá notificar a la compañía de seguros que haya expedido la póliza, actuación que debe aplicarse igualmente cuando se trata de un particular que maneje recursos públicos y la cual se surtió por parte de los funcionarios investigadores con el fin de garantizar el debido proceso a la actora.

Deja claro que la notificación que se efectuó a la compañía garante tiene como fundamento que la póliza asegura al responsable y que cubre el riesgo objeto de la observación fiscal, como es el de *"infidelidad de empleados"*.

En materia fiscal, la póliza de seguros constituye título ejecutivo cuando haya sido integrada al fallo con responsabilidad fiscal, de conformidad con el artículo 82 de la Ley 42 de 1993, lo que significa que la Contraloría General de la República, mediante el proceso de jurisdicción coactiva, puede cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a los que se refiere el numeral 3 del artículo 92 de la Ley 42 de 1993.

Considera que no es acertado el argumento según el cual las aseguradoras sólo están obligadas a hacer el pago a los beneficiarios de la póliza, en este caso, la Caja de Crédito Agrario, pues lo que hace el ente de control es determinar mediante un proceso de responsabilidad fiscal el daño patrimonial que por una mala gestión fiscal se le causó al erario público, lo cual no quiere decir que cuando la Contraloría en un juicio con responsabilidad fiscal vincula como garante a una aseguradora lo que

pretende es ser la beneficiaria del amparo que cubre la póliza, pues de lo que se trata es de resarcir el daño ocasionado al Estado.

Estima, entonces, que existen razones suficientes para determinar la responsabilidad final endilgada a la demandante, pues las exculpaciones que aduce no alcanzan a justificar la inexistencia del riesgo.

En cuanto a que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 atenta contra el principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 de la Constitución Política, se remite a las consideraciones de la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra dicho precepto (sentencia C-735 del 29 de agosto de 2003) y concluye que la finalidad de la vinculación de la aseguradora es precisamente garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por parte del servidor público responsable de la gestión fiscal, por los bienes o contratos amparados por una póliza.

#### **Excepción:**

Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, en cuanto la copia del fallo con responsabilidad fiscal que aportó con la demanda no se encuentra autenticada.

## **II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal declaró probada de oficio la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto de los cargos planteados en la demanda, con excepción de los referentes a que el *“amparo de infidelidad de empleados de la póliza global bancaria no se encuentra afectado”* y a la violación del debido proceso.

Se pronuncia sobre la excepción de inconstitucionalidad, por interpretación errónea, del artículo 44 de la Ley 610 del 2000, por la vinculación de la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. al proceso de responsabilidad fiscal, bajo un seguro que no es garantía.

Sostiene el Tribunal que la excepción de inconstitucionalidad busca la aplicación preferente de las normas constitucionales sobre cualesquiera otras de rango inferior que las contraríe, enfoque que no le da la actora y, por tanto, no es de

recibo, máxime cuando la plantea respecto de una norma legal que no se aplicó en el proceso de responsabilidad fiscal, como ella misma lo reconoce.

Agrega que en sentencia C-735 del 29 de agosto del 2003 la Corte Constitucional encontró ajustado el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, por no quebrantar el principio de unidad de materia, relacionado con la expedición de las leyes.

De otra parte, pone de presente que de conformidad con el artículo 1047 del Código de Comercio la póliza de seguro debe expresar, además de las condiciones generales del contrato, las que se señalan en la norma citada, entre ellas la del numeral 9, esto es, los riesgos que el asegurador toma a su cargo.

Que según el párrafo de este artículo, modificado por el 2º de la Ley 389 de 1997, también se tendrán como condiciones las de los anexos que hacen parte de la póliza (artículo 1048 del C. de Comercio), en la que deben figurar los amparos básicos y las exclusiones (artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Se refiere a que el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero precisa el objeto del *“seguro de manejo o de cumplimiento, cuyos destinatarios son los empleados nacionales de manejo o los que presten sus servicios en instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma”*.

Señala que se estableció que la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. otorgó la póliza global bancaria número 393 a favor de la Caja Agraria y/o Fiduagraria, que incluyó los amparos contenidos en el *“clausulado general y anexos de la póliza”*, uno de los cuales fue el de infidelidad de empleados, que cubría la *“pérdida resultante de la falta de pago total o parcial o del incumplimiento en relación con... i) cualquier préstamo o transacción de la naturaleza de, o similar a un préstamo obtenido del asegurado”*, lo que ocurrió en el caso en estudio, en el que se probó el desembolso irregular del valor del crédito otorgado por la Caja Agraria a Construcom y que *“sería pagado por Centrama”*, entidad que *“está imposibilitada para contratar directamente ese empréstito debido a la iliquidez de la misma”* (folio 16 de los antecedentes administrativos), situación que condujo a que el crédito resultara impagado, lo que comportó un detrimento patrimonial para la asegurada.

Concluye que el riesgo aludido sí estaba amparado y, en consecuencia, despacha el cargo desfavorablemente.

Frente al cargo de violación al debido proceso, anota que tal noción abarca el derecho de defensa, la aplicación de las normas propias de cada juicio o proceso, el respeto de las formas procesales y el acatamiento del principio de favorabilidad.

Considera que la demandante no concretó en qué consistió la violación al debido proceso y que, contrario a lo que da a entender, en el proceso de responsabilidad fiscal que no tiene carácter sancionatorio, quedó claro que fue vinculada en calidad de garante del responsable fiscal al notificársele el auto de cierre de investigación y apertura del juicio fiscal, darle la oportunidad de recurrir tal providencia al igual que el fallo con responsabilidad fiscal, lo que demuestra que los actos acusados no fueron proferidos a sus espaldas y que no adolecen de falsa motivación.

Deniega, entonces, las pretensiones de la demanda.

### **III.- EL RECURSO DE APELACIÓN**

Señala la recurrente que no debió declararse probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto de algunos de los cargos propuestos en la demanda, dado que en ésta no se esgrimieron nuevas pretensiones o pretensiones distintas a las planteadas en la vía gubernativa, sino que simplemente la argumentación fue materia de ampliación, con el ánimo de destacar la ilegalidad de los actos acusados.

En consecuencia, reitera todos y cada uno de los cargos expuestos en la demanda, señala que el fallador de primera instancia no se pronunció sobre las pretensiones segunda y tercera subsidiarias; que la sentencia apelada causa un agravio a la aseguradora, pues le impone el pago de una indemnización que no debe de acuerdo con la cobertura de la póliza 393, delimitada por los amparos y las exclusiones allí previstas; y que al indexar la suma de \$300'000.000.00 su importe se convierte en \$444'000.000.00, actualización que no es materia de cobertura de la póliza citada.

Anota que el Tribunal no se percató de que de acuerdo con el artículo 1095 del Código de Comercio el coaseguro es la distribución de responsabilidades entre

dos o más aseguradoras bajo una misma póliza, en donde la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter conjunto, vale decir, que cada una responde por la participación asumida en el respectivo contrato de seguro; y que en este caso en los antecedentes administrativos aparece que la participación de la actora es del 60% y que a la Previsora S.A. le corresponde el 40% restante.

#### **IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

En el presente caso se dedujo la responsabilidad de ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., dentro del proceso que por responsabilidad fiscal se sigue contra funcionarios de la CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN, por haber efectuado un desembolso sin cumplir los requisitos legales.

En primer término, la Sala se referirá a la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa que declaró probada el Tribunal respecto de algunos argumentos propuestos por la demandante en contra de la legalidad de los actos acusados.

A la luz del artículo 135 del C.C.A. el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para ejercer la acción y su finalidad es, de una parte, brindar al administrado la oportunidad de solicitar el restablecimiento de sus derechos sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, darle a la Administración la oportunidad de revisar su decisión para que si la encuentra ilegal la modifique, aclare o revoque y así evitar el posible detrimento del patrimonio público que se causaría con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho haga el administrado contra el acto ilegalmente expedido.

Dicho presupuesto procesal se cumple cuando contra los actos definitivos de carácter particular y concreto o contra los de trámite, cuando hagan imposible continuar la actuación, se interpone dentro del término legal otorgado para el efecto el recurso de apelación, bien directamente y como principal, o bien simultáneamente y como subsidiario del de reposición.

Una vez resueltos los recursos, el administrado, si a bien lo tiene, puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad de la decisión que, a su juicio, conculcó sus derechos, acción en la que debe impetrar las mismas pretensiones solicitadas en la vía gubernativa, aunque no necesariamente bajo los mismos argumentos allí planteados, pues lo importante es que los expuestos ante esta jurisdicción convenzan al juzgador de que la decisión se encuentra afectada por alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A.

La Sección Cuarta, respecto del agotamiento de la vía gubernativa expuso las siguientes consideraciones, que la Sala comparte en esta oportunidad<sup>1</sup>:

*“... no existe ninguna limitación para que ante la jurisdicción puedan aducirse nuevos y mejores argumentos a los expuestos en vía gubernativa como causal de nulidad de los actos administrativos cuya legalidad se impugna. En efecto, ... las causales de nulidad son las consagradas en el artículo 84 del C.C.A., para todos los actos administrativos, y su invocación no está condicionada a que se hubieren alegado en la vía gubernativa. De donde se deduce la posibilidad de alegar causales nuevas no planteadas inicialmente, pues el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el segundo inciso del artículo 84...”*

Como quiera que no prospera la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa que encontró probada el Tribunal frente a algunos de los argumentos expuestos por la actora en su demanda, procede la Sala al estudio de todos los cargos, no sin antes precisar cuál es la ley aplicable al caso en estudio, si se tiene en cuenta que la actora solicita la inaplicación por inconstitucional del artículo 44 de la Ley 610 del 2000, la cual entró a regir el 18 de agosto de 2000, que sobre el tránsito de legislación dispuso:

Ley 610 de 2000:

**“Artículo 67. Actuaciones en trámite.** *En los procesos de responsabilidad fiscal, que al entrar en vigencia la presente ley, se hubiere proferido auto de apertura a juicio fiscal o se encuentren en la etapa de juicio fiscal, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento regulado en la Ley 42 de 1993. En los demás procesos, el trámite se adecuará a lo previsto en la presente ley.*

---

<sup>1</sup> Sentencia del 17 de marzo del 2005, exp. núm. 14113, Consejera Ponente, dra. María Inés Ortiz Barbosa.

*“En todo caso, los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren en curso, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.*

Teniendo en cuenta el contenido de la norma transcrita, para la Sala no queda duda alguna de que como el auto de cierre de investigación fiscal y orden de apertura del juicio fiscal se expidió el 2 de febrero del 2000, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 610 (18 de agosto de 2000), el proceso de responsabilidad fiscal que culminó con los actos acusados debió regirse por la Ley 43 de 1992, razón por la cual no es de recibo la caducidad alegada por la demandante respecto de la facultad de la Contraloría para expedir el fallo con responsabilidad fiscal, pues la Ley 42 de 1993 nada decía sobre el particular y de ahí que en numerosas providencias esta Corporación reiteró que teniendo en cuenta que el juicio de responsabilidad fiscal no es una sanción, no puede aplicársele el término de caducidad que para el efecto señala el C.C.A. en el artículo 38 cuando dice: *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de produjo el acto que pueda ocasionarlas”*<sup>2</sup>.

Sin embargo, esta Corporación aclara que si bien es cierto que la Ley 610 del 2000 en su artículo 9° dispuso que si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal la acción fiscal caducará, de todas maneras aplicando esta norma al caso sub exámine se tiene que como el desembolso del crédito se produjo el 16 de junio de 1997 y el auto de apertura del proceso fiscal se llevó a cabo el 2 de febrero del 2000, la acción fiscal no había caducado.

De otra parte, tal como lo señaló el Tribunal en la sentencia apelada, dado que la Ley 610 del 2000 no rigió el proceso de responsabilidad fiscal que culminó con los actos acusados, no puede solicitarse la inaplicación por inconstitucionalidad de su artículo 44, además de que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de dicho precepto<sup>3</sup>.

En cuanto a la falta de competencia de la Contraloría General de la República para fallar con responsabilidad fiscal en contra de la demandante, esta Corporación se remite a lo previsto en los artículos 79 y 82 de la Ley 42 de 1993, que disponen:

---

<sup>2</sup> Sentencias del 2 de abril de 1998, exp. núm. 4438, Consejero Ponente, dr. Libardo Rodríguez Rodríguez y del 31 de agosto del 2000, exp. núm. 5054, Consejero Ponente, dr. Manuel S. Urueta Ayola.

<sup>3</sup> Sentencias C-648 del 2002 y C-735 del 2003.

**“Artículo 79.** *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”.*

**“Artículo 82.** *Una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables **y sus garantes, si los hubiere**, de acuerdo con la regulación referente a la jurisdicción coactiva prevista en el capítulo siguiente”.*

Como se advierte, las normas anteriores expresamente permiten no sólo que a los garantes de las personas cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación se les vincule al juicio fiscal, sino que el fallo que se dicte con responsabilidad fiscal preste mérito ejecutivo contra los mismos.

Adicionalmente, la Sala considera pertinente traer a colación lo sostenido por la Corte Constitucional<sup>4</sup> al estudiar la demanda de inexecutableidad contra el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, en la cual se adujeron las mismas razones que las que aquí aduce la demandante para sustentar el cargo de incompetencia de la Contraloría General de la República:

*“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.<sup>[10]</sup>*

“ ...

*“Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero se señaló que ‘Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa’<sup>[13]</sup>.*

*“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*

---

<sup>4</sup> Sentencia C-648 del 2002

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.<sup>[14]</sup> No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido.

“ ...

“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 contratistas<sup>[17]</sup>.

“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.

“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** (el resaltado no es del texto).

“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.<sup>[18]</sup>*

*“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”.*

*“ ...*

*“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.”*

Además, la parte actora considera que la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para dirimir las diferencias que existen entre ella y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación respecto del contrato de seguro, frente a lo cual cabe anotar que lo que aquí se está debatiendo no es el contrato de seguro como tal, sino el fallo con responsabilidad fiscal, acto

administrativo que declaró a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. fiscalmente responsable, en su calidad de garante, por la actuación de sus empleados.

Por lo demás, no debe olvidarse que la Ley 42 de 1993 en su artículo 4º prevé que “El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”.

En consecuencia, la Sala debe establecer si dentro de la póliza global número 393-1 expedida por la demandante se encontraba amparado el siniestro ocurrido, esto es, el no pago del crédito otorgado por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (asegurada) a favor de CONSTRUCOM LTDA. por valor de \$300'000.000.00, con el fin de concluir si podía o no la demandante ser declarada fiscalmente responsable, se reitera, en su condición de garante de la actuación de sus empleados.

Dicha póliza global 393-1 obra en el cuaderno de antecedentes administrativos en los siguientes términos<sup>5</sup>:

*“Nosotros todos los Aseguradores, por la presente nos comprometemos a pagar y a reconocer al Asegurado toda pérdida que él mismo, pueda durante la vigencia de este seguro ... sufrir o descubrir que ha sufrido, de la forma mencionada a continuación, sujeto siempre a los términos, exclusiones, condiciones y limitaciones de la presente.*

**“CONDICIÓN PRIMERA – AMPAROS**

**“CLAUSULA DE SEGURO No 1**

**“INFIDELIDAD DE EMPLEADOS**

*“Pérdidas resultantes sola y directamente de actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del Asegurado, cometidos con la intención manifiesta de causar tal pérdida al Asegurado o de obtener una ganancia financiera para ellos mismos o para cualquier otra persona u organización, donde quiera que sea cometido y bien sea cometido sólo o en colusión con otros, incluyendo pérdida de Bienes a través de cualquiera de tales actos de los empleados.*

*“No obstante lo anterior, queda acordado que con relación al comercio u otros manejos de Títulos Valores, Bienes, Futuros, Opciones, monedas, divisas y similares, y préstamos, transacciones de la naturaleza de un préstamo u otra extensión de crédito, esta cláusula de seguro cubre únicamente las pérdidas resultantes sólo y directamente de actos deshonestos o fraudulentos de empleados del Asegurado, cometidos con la intención manifiesta de causarlas y las cuales resulten en ganancia financiera impropia para ello o para cualquier otra*

---

<sup>5</sup> Folio 44 y s.s.

*persona u organización, diferentes a salarios, honorarios, comisiones, promociones y otros emolumentos similares.*

“ ...

**“CONDICIÓN SEGUNDA – EXCLUSIONES**

*“Este seguro no ampara:*

*“A) Cualquier reclamo:*

“ ...

*“E) Por pérdida resultante de la falta de pago total o parcial o del incumplimiento en relación con:*

*“i) Cualquier préstamo o transacción de la naturaleza de, o similar a un préstamo efectuado u obtenido del Asegurado”.*

La Sala observa que el Tribunal equivocadamente consideró que en este caso el riesgo asegurado fue el contenido en el literal E), numeral i), sin tener en cuenta que lo allí previsto esto es, la falta de pago total o parcial de cualquier préstamo efectuado por la Caja Agraria constituye, precisamente, una exclusión.

Sin embargo de lo anterior, esta Colegiatura estima que el no pago del préstamo por parte de CONSTRUCOM LTDA. encuadra dentro del amparo denominado *“infidelidad de empleados”*, en cuanto los entonces funcionarios de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero que fueron declarados también fiscalmente responsables, a saber, los señores Judith María Moscote Mendoza y Edgardo Evaristo Solano Palmezano autorizaron y desembolsaron el préstamo en cuestión sin el lleno de los requisitos legales previstos para el efecto, conducta que puede denominarse fraudulenta o deshonesto, en cuanto tenían pleno conocimiento de la exigencia previa de tales requisitos para poder autorizar y desembolsar el crédito.

Por último, la Sala pone de presente que no hará pronunciamiento alguno frente al argumento de un posible coaseguro con la Previsora S.A., como tampoco frente al de que la póliza no cubre la indexación de los \$300.000.00, pues respecto del primero de ellos nada dice el acto acusado y no fue expuesto en la demanda, al igual que el segundo, razón por la cual cualquier pronunciamiento que se hiciera sobre el particular afectaría el derecho de defensa de la demandada, por no haber tenido oportunidad de referirse a los mismos.

Concluye esta Corporación que bien hizo la Contraloría General de la República al declarar fiscalmente responsable a la Aseguradora Colseguros S.A. por el sólo hecho de ser garante, cuestión que no logró desvirtuar, como tampoco logró desvirtuar que la demandada le respetó el derecho de defensa, en cuanto le brindó la oportunidad de controvertir la decisión que la afecta, cuya presunción de legalidad permanece incólume.

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

### **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada, proferida por la Sección Primera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 2006, excepto en cuanto declaró probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **COPÍESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO      RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA**  
**Presidenta**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**