

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de garante / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de tercero civilmente responsable. Fundamento / COMPAÑÍA DE SEGUROS - Tercero civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal / COMPAÑÍA DE SEGUROS - Calidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal / VINCULACION DE ASEGURADORA A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Fundamentos constitucional y legal

Fundamento jurídico de la vinculación. 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 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. Esa disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, y en cuanto a la vinculación del asegurador se refiere, dicha Corporación dejó dicho: “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. (...) 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

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exequibilidad del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, que establece la vinculación de las compañías aseguradoras como terceros civilmente responsables en los procesos de responsabilidad fiscal, ver sentencia C-648 de 2002.

RESPONSABILIDAD CIVIL - De aseguradora en proceso de responsabilidad fiscal / CLAUSULA DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD CIVIL - Es inocua frente a ejercicio de control fiscal por la Contraloría General de la República / NORMAS SOBRE CONTROL FISCAL - Son normas de orden público de imperativo cumplimiento / NORMAS DE ORDEN PUBLICO - Lo son las que regulan el ejercicio del control fiscal / CLAUSULA DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD CIVIL - Desconoce normas de orden público sobre control fiscal / CONTRATO ESTATAL - Debe estar amparado por una póliza de seguros / COMPAÑIA DE SEGUROS - Garante del cumplimiento de contrato estatal. Debe ser vinculada como tercero civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 44

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Vinculación de garante como tercero civilmente responsable / VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio / VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Lo es a título de responsabilidad civil y no fiscal / RESPONSABILIDAD CIVIL DE ASEGURADORA - Título de vinculación a proceso de responsabilidad fiscal es el contrato de seguro / PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Definición / VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Es una acción especial paralela a proceso de responsabilidad fiscal aunque se surte en el mismo proceso / VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - Objeto: declarar ocurrencia de siniestra y hacer efectiva la póliza

Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos. Cabe decir que el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante, quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultas de esa acción, cuando éste tiene lugar y, en consecuencia ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda. Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente. Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando

éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 44 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1081

VINCULACION DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No es acción ejecutiva o de cobro coactivo / ACCION DECLARATIVA Y CONSTITUTIVA - Para declarar ocurrencia de siniestro y hacer efectiva póliza dentro de proceso de responsabilidad fiscal / PRESCRIPCION DE ACCION - Derivada de contrato de seguros. Aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio / CADUCIDAD DE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No aplica a vinculación de garante en ese proceso

En el acto acusado se aduce el término previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, diciendo que es el plazo para llevar a cabo la ejecución coactiva por las entidades públicas, apoyándose en que el Consejo de Estado así lo ha reiterado. Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se de ha surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo. Solamente después de constituido así dicho título es que se abre la posibilidad y empieza a correr el término señalado en el artículo 66 del C.C.A., para adelantar la acción de cobro coactivo del mismo. De suerte que la entidad de control tiene una craza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas. Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 9 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 44 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1081 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 66 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00529-01

Actor: COMPAÑIA DE SEGUROS LIBERTY DE SEGUROS S.A.

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, Contraloría General de la República, contra la sentencia de 23 de agosto de de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, mediante la cual accedió a las pretensiones de la actora formuladas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. Las pretensiones

1.1.1. Principales

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la **COMPAÑIA DE SEGUROS LIBERTY DE SEGUROS S.A.**, mediante apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que accediera a las siguientes peticiones principales:

Primera.- Declarar la nulidad del artículo tercero del “auto” (en realidad es fallo o decisión final) con responsabilidad fiscal de 22 de julio de 2003, expedido por la **Contraloría General de la República** - Gerencia Departamental del Cauca, mediante el cual se le declaró civilmente responsable, entre otros, en calidad de tercero civilmente responsable en un monto de \$117.601.321.00 por concepto de valor asegurado en la póliza 398237, y se ordenó incorporar al auto la póliza descrita.

Segunda.- Declarar la nulidad del “auto” fechado 6 de octubre de 2003 y del Fallo Núm. 000172 de 15 de diciembre de 2003, mediante los cuales se resolvieron respectivamente los recursos de reposición y apelación que los afectados

interpusieron contra el primero, ambos en el sentido de confirmar éste en lo que a la actora interesaba.

Tercera.- Que, como consecuencia, se le restablezca su derecho, ordenándole a la entidad demandada reintegrarle el dinero que hubiera pagado por concepto del fallo con responsabilidad fiscal acusado, con intereses y debidamente actualizado, y condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Subsidiarias

Primera.- Declarar que las acciones derivadas del contrato de seguro de la póliza 398237 prescribieron y que, en consecuencia, la actora no está obligada a pagar suma alguna derivada de ese contrato, y en caso de haber pagado algún monto por ese concepto, ordenar a la entidad demandada que se lo reintegre debidamente actualizado. Igualmente, condenar en costas a la entidad demandada.

Segunda.- Declarar la nulidad parcial del auto de 22 de julio de 2003, en cuanto se refiere a la actora y que, en consecuencia, ella no está obligada a pagar suma alguna por lo ordenado en el artículo tercero de ese auto.

1. 2. Los hechos que le sirven de fundamento

En los hechos se refiere que la Asociación Mutual Pendasalud E.P.S. suscribió con la Dirección Departamental de Salud del Cauca el contrato 14 para la administración de recursos del régimen de seguridad social en salud, para lo cual tomó la póliza atrás referenciada, cuyo valor asegurado era de \$31.256.978 por anticipo, y \$ 86.344.343 por cumplimiento, de modo que la Contraloría no tiene la calidad de parte en el contrato de seguro.

La entidad contratante, Dirección Departamental de Salud del Cauca, no afectó la póliza al no declarar siniestro alguno ni caducidad del contrato, y pese a ello la Contraloría declaró a la actora, en calidad de tercero, civilmente responsable en la cuantía ya anotada, con una motivación bastante confusa.

1. 3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Señala como normas violadas por los actos acusados los artículos 4º y 6 de la Constitución Política; 3º del C.C.A.; y 1037, 1039, 1040, 1056, 1072, 1077, 1080 y 1083 del Código de Comercio por razones que se sintetizan en que la Administración carecía de competencia para su expedición, pues las aseguradoras sólo responden en estos casos cuando suscriben póliza de manejo, y no en las de cumplimiento, ya que éstas no cubren la responsabilidad fiscal, sino la contractual, responsabilidades estas que son autónomas e independientes y tienen fines y objetos distintos.

La persona del ente de control no era parte del contrato de seguro, luego no era beneficiaria del mismo, ni el proceso de responsabilidad fiscal le da ese carácter. Además, la entidad demandada no demostró la ocurrencia del siniestro, necesario para hacer efectiva la póliza, pues la póliza no ampara responsabilidad fiscal, sino contractual.

Tales circunstancias afectan al acto acusado de falsa motivación, por invocar hechos que no tienen cobertura en la póliza, ya que como se dijo, ésta no otorga cobertura respecto de la responsabilidad fiscal, y pretenden un derecho que la administración dejó de tener por la caducidad de las acciones pertinentes.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Contraloría General de la República se opone a las pretensiones de la demanda y sostiene que no se han violado las normas invocadas en la demanda, por cuanto no es la responsabilidad fiscal que en ejercicio de la gestión fiscal realiza el servidor público o el particular que ejerce funciones públicas lo que se está amparando, sino, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos, la afectación del 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. Por ello procede vincular a las compañías aseguradoras que hayan otorgado garantías únicas de cumplimiento, debido a que ellas se constituyen con el fin de respaldar la totalidad de las obligaciones adquiridas por los contratistas, y el objeto de las pólizas es proteger el interés general.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo, luego de reseñar la situación procesal, y precisar las características del contrato de seguros, su relación con la Ley 80 de 1993 y el alcance de la póliza de seguros objeto del sub lite, concluye que si bien dicha póliza garantizaba el cumplimiento y manejo del anticipo según el contrato 14, excluía las posibles reclamaciones que hiciera la Contraloría General de la República por investigación fiscal, y por tanto no podía declarar a la actora civilmente responsable en calidad de tercero civilmente responsable, en la cuantía anotada.

Al punto consideró que el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 dispone que cuando el presunto responsable, el bien o el 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 civilmente responsable; pero esa norma no es aplicable en este caso, toda vez que según consta en las condiciones generales de la póliza, ella no cubría las reclamaciones presentadas por la Contraloría General cuando no figure como asegurada o beneficiaria por razón de los juicios fiscales.

Por ello, acogió el cargo de falta de competencia para expedir el acto acusado en lo que afecta a la actora y declaró la nulidad de su artículo tercero, y ordenó la devolución del valor que aquella hubiere pagado por causa de dicho artículo, con la correspondiente indexación.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada apeló la sentencia por razones que se resumen en que el fallo es supremamente parco sobre el amparo y protección de los recursos públicos, lo cual es el objeto de las garantías, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial del Estado, de allí que sea válido vincular a las compañías de seguros que actúan como garantes, sin que ello signifique actuar fuera de los límites de su competencia, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 y sentado por la Corte Constitucional en sentencia C-684/02, debiéndose aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable y que el órgano de control actúa en representación de los intereses del Estado. Además, se debe tener en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de seguros, precisado por el Consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 2000, expediente 11318.

En este caso se debe realizar un examen de fondo del contrato de seguros y por la finalidad del mismo no es viable que las compañías pretendan exonerarse de la obligación que les impone ese contrato, de amparar el manejo de los dineros públicos.

Por todo ello solicita que se revoque la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. El recurso de apelación se tramitó en debida forma, cuyo traslado para alegar fue descorrido por las partes, de las cuales la demandada y ahora apelante reitera los dicho en la sustentación del recurso.

2. A su turno, la actora hace una reseña de la demanda y de la sentencia impugnada, y controvierte los fundamentos de la apelación, frente a los cuales defiende la validez del pacto de exclusión prevista en las condiciones generales del contrato de seguro, así como la legalidad de dicha sentencia, la cual solicita que se confirme, trayendo al efecto lo que expuso en los cargos de la demanda.

3.- El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

V.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

1. La decisión enjuiciada

Está contenida en el artículo tercero de lo que el memorialista identifica como auto, pero que en realidad es la providencia de **fallo** proferida en el procedimiento de responsabilidad fiscal adelantado en expediente administrativo 996 por la

Contraloría General de la República - Gerencia Departamental del Cauca, con fecha de 22 de julio de 2003, en cuyo artículo tercero efectivamente declaró civilmente responsable a la actora en calidad de tercero civilmente responsable, por **\$117.601.321.00** en virtud de la póliza de seguros que ella otorgó, núm. 398237, y se ordenó incorporar al fallo dicha póliza.

Igualmente, en los proveídos de 6 de octubre de 2003 y Núm. 000172 de 15 de diciembre de 2003, mediante los cuales se resolvieron respectivamente los recursos de reposición y apelación que los afectados interpusieron contra el primero, ambos en el sentido de confirmar éste.

2. Los fundamentos de esa decisión

La Contraloría General de la República, a través de su Gerencia Departamental del Cauca, a instancia de denuncias de graves irregularidades en el manejo de los recursos y en el funcionamiento de la A.R.S. PIENDASALUD, adelantó un procedimiento de responsabilidad fiscal que le permitió establecer un **“faltante de fondos públicos”** en **“la suma de seiscientos noventa y seis millones trescientos quince mil novecientos ochenta y un pesos (\$696.315.981.00)”** que debía ser resarcido por los vinculados al diligenciamiento de control fiscal, en montos señalados para cada uno de ellos, debidamente actualizados a valor presente.

La actora fue vinculada a dicho asunto y oída en las oportunidades de ley, para finalmente ser declarada “civilmente responsable”, por el monto mencionado, según se ha venido indicando, en virtud de específicas consideraciones en las que se acepta que no es parte del contrato de seguros y que no hubo acto administrativo declarando el siniestro, y con apoyo en providencias del Consejo de Estado, se precisa que la relación existente entre la Aseguradora y la Contraloría General de la República es de carácter legal determinada en norma especial.

Sobre las razones concretas para sustentar su decisión en contra de la actora, ese ente de control dice lo siguiente:

“La Contraloría General de la República como Entidad competente para el control fiscal se rige por los lineamientos de la Ley 610 de 2000 y otras normas que como esta son de carácter especial y particularmente para el caso que nos ocupa el artículo 44 de esa norma faculta la vinculación en calidad de tercero civilmente responsable a la Compañía Aseguradora (...) el desconocimiento por

parte del afianzado en el cumplimiento y buen manejo de los recursos entregados como consecuencia del contrato No. 014 generan consecuentemente la responsabilidad en su calidad de tercero civilmente responsable de la Compañía Asegurador teniendo en cuenta que los recursos invertidos en forma desordenada como ampliamente se ha expuesto para este periodo correspondía a los recibidos en cumplimiento de este contrato y cubiertos como anticipo y cumplimiento, pues en los términos del contrato 014 su vigencia se extendía hasta el 31 de marzo de 1998 lapso durante el cual fueron invertidos.(folios 158 y 160).

2.- Examen del recurso

2.1. Competencia de la Contraloría General de la República para vincular como tercero civilmente responsable a la actora.

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.

2.1.1. Los términos de la póliza

Al respecto se tiene que se trata de "POLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES (LEY 80 DE 1993).

Su tomador y afianzado fue la ASOCIACION MUTUAL PIENDASALUD I.S.S. GUSTAVO VIVAS YACUE.

El asegurado o beneficiario era la DIRECCION DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA.

El valor total asegurado fue \$ 117.601.321.00 (\$ 31.256.978.00 por anticipo y \$ 86.344.343.00 por cumplimiento).

Su vigencia fue de 1º de abril de 1997 a 1º de mayo de 1998.

Su objeto se describe así: “GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO Y BUEN MANEJO DEL ANTICIPO, SEGÚN CONTRATO NUMERO 014, RELACIONADO CON ADMINISTRAR LOS RECURSOS DEL REGIMEN SUBSIDIADO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE A EL SE ENTREGUEN, EN RELACION CON EL LISTADO ANEXO DE HABITANTES SELECCIONADOS POR EL ALCALDE MUNICIPAL, GARANTIZANDO LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL PLAN OBLIGATORIO PRIMER ANTICIPO BIMESTRAL POR \$ 31.256.978.oo.” (folio 41)

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)

2.1.2. Fundamento jurídico de la vinculación

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 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.

Esa disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, y en cuanto a la vinculación del asegurador se refiere, dicha Corporación dejó dicho:

“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

La vinculación del garante constituye, junto con la coadyuvancia y la denuncia del pleito, una modalidad de intervención de terceros en el proceso, permite la acumulación de acciones y representa la concreción del principio de economía al permitir que dos conflictos puedan resolverse en la misma actuación. El llamamiento en garantía permite hacer efectivas las obligaciones surgidas en el contrato de seguro. Constituye también un mecanismo para que el asegurador, que es una persona jurídica diferente a la administración y al servidor público, participe en el proceso de responsabilidad fiscal para representar y defender sus intereses en el resultado del proceso.

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.” (sentencia C-648/02, de 13 de agosto de 2002)

2.1.3. Eficacia de la cláusula de exclusión

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.

2.1.4. Conclusión

Así las cosas, la sentencia apelada es infundada en este punto, pues se ha podido verificar que la Contraloría General de la República sí es competente en este caso para vincular a la actora como tercero civilmente responsable en tanto garante del contrato, y declarar de fondo sobre su responsabilidad civil con relación a las resultas del proceso en cuestión; de donde habría lugar, en principio, a revocarla.

2.2.- Prescripción de la acción para ordenar hacer efectiva la póliza

2.2.1 Formulación del cargo

Sin embargo, la actora formuló otro cargo que no fue examinado por el *a quo*, y que la Sala debe estudiar a fin de resolver si se niegan o no las pretensiones de la demanda. Se trata de la invocación de la “caducidad” (en realidad se trata de la prescripción) de la acción y la correspondiente violación del artículo 1081 del C.Co, cuyo tenor dice:

“1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

En la demanda se sustenta este cargo en que desde la fecha en que ocurrieron los hechos hasta que quedó en firme el fallo de responsabilidad fiscal, transcurrieron más de dos (2) años, e incluso más de cinco (5), pues los hechos investigados tuvieron origen en el Contrato 014 y ocurrieron desde 1997, por lo que desde esa fecha hasta cuando quedó en firme el aludido fallo, transcurrieron más de 2 años.

2.2.2. Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite.

Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de

gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable.

Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, *“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”* (subrayas de la Sala)

Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.

Cabe decir que el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante, quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultados de esa acción, cuando éste tiene lugar y, en consecuencia ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda.

Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente.

Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no

haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.

En el acto acusado se aduce el término previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, diciendo que es el plazo para llevar a cabo la ejecución coactiva por las entidades públicas, apoyándose en que el Consejo de Estado así lo ha reiterado.

Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se de ha surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la **póliza** y el **acto administrativo en firme** que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo.

Solamente después de constituido así dicho título es que se abre la posibilidad y empieza a correr el término señalado en el artículo 66 del C.C.A., para adelantar la acción de cobro coactivo del mismo.

De suerte que la entidad de control tiene una craza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000¹, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable.

¹ El artículo 9º de la Ley 610 de 2000 prevé que “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.”

Por consiguiente, el punto se ha de estudiar a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio.

2.2.3. Estudio del caso concreto

En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que ***“las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta”***.

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO