



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Número único de radicación: 230012331000201200358 01

Demandante: Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A.

Demandado: Contraloría General del Departamento de Córdoba

Tercero con interés directo: Departamento de Córdoba

Asunto: Responsabilidad fiscal / póliza de cumplimiento garantizaba riesgo declarado / prescripción de la acción fiscal / artículo 1081 del Código de Comercio - reiteración jurisprudencial

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina¹.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

¹ En virtud de las medidas de descongestión adoptadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante el artículo 3.º del Acuerdo núm. PCSJA18-11134 de 31 de octubre de 2018, “[...] Por medio del cual se adoptan unas medidas de descongestión para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [...]”:

“[...] **Artículo 3.º Remisión de procesos del sistema escrito del Tribunal Administrativo de Córdoba.** El Tribunal Administrativo de Córdoba remitirá al Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, 100 procesos del sistema escrito que se encuentren en estado de fallo, a excepción de aquellos relativos a las acciones constitucionales y procesos tributarios [...]”.



1. La sociedad Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., en adelante la parte demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85² del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A., presentó demanda³ ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, contra la Contraloría General del Departamento de Córdoba⁴, en adelante la parte demandada.

Pretensiones

2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones:

"[...] Que se declare nulo el título ejecutivo complejo de condena, proferido en el proceso fiscal radicado 23-2011, acto jurídico complejo compuesto por:

- 1. Auto del día 07 de julio de 2011, por el cual profiere fallo condenatorio declarando responsabilidad fiscal.*
- 2. Auto del día 23 de agosto de 2011, por el cual se resuelve Recurso de Reposición interpuesto contra el fallo fiscal condenatorio del 07-07-2011.*
- 3. Auto Nro. 0623 de fecha 11 de octubre de 2011, por el cual se resuelve Recurso de Apelación contra fallo condenatorio con responsabilidad fiscal del 07-0-2011.*

Providencias todas [...], dictadas por la Contraloría General del Departamento de Córdoba en el Proceso Fiscal con Radicado 023 de 2011, las cuales adolecen de nulidad, por violación al principio de legalidad, falsa motivación y abuso y desviación de poder.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, ordénese al restablecimiento del derecho a favor de ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS COLOMBIA S.A., dejando sin efecto cualquier obligación a su cargo que pueda derivarse de dichas resoluciones.

Que se ordene restablecer el derecho de mi mandante, condenando al Departamento de Córdoba y a la Contraloría General (sic), en el evento de que la parte pretensora hubiera tenido que pagar la suma de DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA

² “[...] **ARTÍCULO 85. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o la devolución de lo que pagó indebidamente [...]”.

³ Por intermedio de apoderado (Folios 1 a 20 del cuaderno núm. 1 del expediente). La demanda se inadmitió mediante auto proferido el 7 de junio de 2012, motivo por el cual se corrigió por medio de escrito radicado el 14 de junio de 2012 (Folios 161 a 171 del cuaderno núm. 1 del expediente).

⁴ Ver pie de página núm. 1.



Y UN CENTAVOS M/L (\$2.499.641.260,51), a que dicha suma sea restituida, por carecer de fundamento legal y contractual.

Que se condene al Departamento de Córdoba y a la Contraloría General (sic), al pago de intereses moratorios desde el momento en que mi mandante efectúe el pago y hasta tanto se restablezcan todos y cada uno de los derechos transgredidos al resistente [...]” (destacado original del texto).

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar sus pretensiones:

3.1. Comunicó que la parte demandada, por medio del Auto núm. 23 de 10 de marzo de 2011, abrió proceso de responsabilidad fiscal por el presunto incumplimiento del Convenio Interadministrativo núm. 005 de 2008, suscrito entre el Municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba, y la Asociación de Municipios de San Jorge, Asosanjorge.

3.2. Indicó que en la página segunda del auto citado *supra*, la parte demandada aseguró que el daño era un requisito de procedibilidad del proceso fiscal; además, que el hecho generador “[...] se produce como consecuencia del incumplimiento de ASOSANJORGE en la no ejecución del 100% del convenio interadministrativo [...] el presunto daño es por la cuantía de \$996.461.217,00 [...]”; es decir, “[...] el cargo por el cual se inicia la investigación, obedece no a una indebida gestión fiscal en el control a la ejecución de un contrato, sino a un incumplimiento que da por cierto el auto de apertura del proceso [...]”.

3.3. Explicó que el proceso fiscal partió de un hecho equivocado ajeno a la teoría de la responsabilidad fiscal: incumplimiento de un convenio interadministrativo; lo anterior, atendiendo a que para el 10 de marzo de 2011, fecha en que se expidió el auto de apertura núm. 23, no existía declaratoria de incumplimiento del convenio interadministrativo núm. 005 de 2008; solamente se había decretado la suspensión por algunas denuncias sobre deficiencias o irregularidades en la ejecución sin que, por ese aspecto, la entidad contratante hubiera declarado la caducidad del contrato.



3.4. Adujo que, si no existía incumplimiento, se colige que la parte demandada lo que pretendía era hablar de irregularidades; así, la ambigüedad de la terminología utilizada, que fue gravísima por las distintas posiciones que existen sobre el particular, restringió el ejercicio del derecho de defensa de la parte demandante; en concreto, “[...] *hubo una inapropiada e inadecuada nominación del cargo a investigar, ya que materialmente y fácticamente, SU OBJETO REAL era indagar si la conducta de ciertos sujetos con la calidad legal de GESTORES FISCALES, había dado lugar a una merma, detrimento o daño al patrimonio del Municipio de Montelíbano, en virtud de una queja por presuntas irregularidades en ejecución de un contrato [...]*” (Subrayado original del texto).

3.5. Señaló que, lo dicho en precedencia, “[...] *puede constituirse además en un derrotero para verificar la competencia del Ente de Control Territorial, ya que no es dable que este tipo de órganos declare, como lo hizo de facto en providencias fiscales, incumplimientos de un contrato estatal [...]*”.

3.6. Informó que como gestores fiscales se llamó al representante legal de Asosanjorge; al alcalde de Montelíbano; una funcionaria del Municipio; al contratista y a la parte demandante en calidad de tercero civilmente responsable.

3.7. Destacó que, con los gestores fiscales, se presentó una ligereza; lo anterior, porque uno de ellos no era gestor fiscal por los hechos que le dieron origen a la investigación atendiendo a que su actuar lo fue, no como persona natural, sino como representante legal de Asosanjorge; es decir, la contratista, como persona jurídica, nunca fue sujeto procesal en el procedimiento de responsabilidad fiscal; en consecuencia, el llamamiento que se le hizo a la parte demandante no estaba justificado como tercero civilmente responsable.

3.8. Expresó que, aunque el contrato de seguro, contenido en la póliza núm. 21675, no fue tomado por ninguno de los sujetos vinculados al proceso de responsabilidad fiscal; y, no obstante que el Municipio de Montelíbano sí era beneficiario de aquella, los riesgos que se asumían con la ejecución del convenio interadministrativo surgían “[...] *si acorde a las normas que reglan este contrato (Decreto 4828 de 2008, Artículo 14, numeral 14.2), y las condiciones de aseguramiento pactadas en el mismo contrato, se establece con certeza la*



ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida mediante acto administrativo emanado de la entidad contratante, en contra del asegurado del contrato [...]”.

3.9. Resaltó que mediante auto de imputación de 2 de mayo de 2011, la parte demandada cambió el hecho que generó el daño al indicar que se dio como consecuencia de la omisión de la Asociación de Municipios de San Jorge por no ejecutar las obras de la central de abastos y del Centro Microempresarial del Municipio de Montelíbano en un 100%; es decir, el hecho generador obedeció a una omisión de los sujetos fiscales encargados de la ejecución de las obras, circunstancia que demuestra que sí existió falta de técnica jurídica en el auto por medio del cual se abrió el proceso, en el entendido que se llamó a responder a unos sujetos por unas conductas independientes constitutivas de responsabilidad fiscal a título personal.

3.10. Insistió que la parte demandante nunca asumió el riesgo de la responsabilidad fiscal de quienes fueron imputados; esto, porque el juicio de reproche, en el procedimiento de responsabilidad fiscal, se dirigía a determinar si existió ejecución imperfecta del convenio interadministrativo por parte de la Asociación de Municipios de San Jorge; además, si se presentó falta de control, vigilancia y custodia por parte de los funcionarios del Municipio de Montelíbano; conductas que bajo ningún presupuesto cubría el contrato de seguro.

3.11. Indicó que la Contraloría General del Departamento de Córdoba, mediante decisión de 7 de julio de 2011, concluyó que se había presentado incumplimiento del contrato y, en consecuencia, como si se tratara de la contratante, declaró responsabilidades contractuales y procedió a hacer efectivas las garantías; decisión que confirmó mediante auto de 23 de agosto de 2011 y la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011.

Normas violadas y concepto de violación

4. La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 29 y 267 a 274 de la Constitución Política.



- Artículos 1.º, 3.º y 44 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000⁵.
- Artículos 1081 y 1089 del Código de Comercio.
- Artículo 55 del Código Civil.
- Ley 42 de 26 de enero de 1993⁶
- Ley 1474 de 12 de julio de 2011⁷.

5. La parte demandante formuló los siguientes cargos y explicó su concepto de violación así:

Primer cargo: La Contraloría no es el juez del contrato

5.1. Expresó que ninguna de las personas que fueron declaradas responsables fiscales poseían la calidad de tomadores del contrato de seguro.

5.2. Explicó que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es verificar la conducta dolosa o gravemente culposa causante del daño al patrimonio público, aspectos que no fueron objeto de amparo por el contrato de seguro por el cual se vinculó a la parte demandante.

5.3. Afirmó que la parte demandante, en los recursos que interpuso dentro de la actuación administrativa, expuso con detenimiento las razones por las cuales era impropio su llamamiento a responder como tercero civilmente responsable; principalmente: i) ilustró sobre las diferencias entre el contrato de seguro de manejo y el contrato de seguro de cumplimiento; ii) señaló cuáles eran las condiciones de aseguramiento del contrato de seguro de cumplimiento amparado por la póliza núm. 21675; y iii) explicó la manera en que se hacía efectiva la póliza en los términos de la ley y las cláusulas contractuales y las razones por las que no operaba la reclamación en el proceso de responsabilidad fiscal.

5.4. Adujo que la parte demandada, para proceder en contra de la parte demandante, manifestó que se llamó a responder a la aseguradora porque se

⁵ “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

⁶ “[...] Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen [...]”.

⁷ “[...] Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública [...]”.



había configurado un incumplimiento contractual; lo anterior, sin tener en cuenta que: i) para la fecha en que se emitió el fallo de responsabilidad fiscal, no existía trámite de declaratoria de incumplimiento contractual porque este se inició en el mes de marzo de 2012; y ii) al momento en que se produjo el fallo de responsabilidad fiscal aún no había providencia ejecutoriada que, previo a la interposición y decisión de los recursos en la actuación administrativa, estableciera ese incumplimiento contractual; es más, incluso para la fecha en que se presenta la demanda, no existe acto administrativo en firme que decida sobre la cuestión anotada.

5.5. Precisó que la única autoridad competente para declarar el incumplimiento del contrato era la contratante; sin embargo, en el auto por medio del cual se resolvió el recurso de reposición, la parte demandada concluyó que los argumentos expuestos por la parte demandante no se encaminaron a desvirtuar la configuración de los elementos estructurales de la responsabilidad fiscal de los sujetos vinculados al procedimiento.

5.6. Indicó que la parte demandada sí aceptó, tácitamente, que estaba acreditado que para la fecha del fallo de responsabilidad fiscal aún no se había declarado, por parte del Municipio de Montelíbano, el incumplimiento del contrato; sin embargo, confirmó en todas sus partes el fallo de responsabilidad fiscal.

Segundo cargo: Falta de competencia de la Contraloría General del Departamento de Córdoba en razón de la materia

5.7. Afirmó que la parte demandada se extralimitó en el ejercicio de sus funciones porque en lugar de analizar la conducta de los investigados, para verificar la existencia de una inadecuada gestión fiscal, procedió a investigar y a pronunciarse declarando el incumplimiento de un contrato estatal, lo que le sirvió para hacer efectivas las pólizas; esto, no obstante que era una competencia ajena a sus funciones; es decir, la parte demandada actuó por fuera de sus competencias de ley con lo cual incurrió en abuso del poder y falsa motivación porque durante todo el procedimiento argumentó incumplimiento del contrato a pesar de que no era cierto.



Tercer cargo: Falta de competencia de la Contraloría General del Departamento de Córdoba en razón de los sujetos

5.8. Sostuvo que, además de lo anterior, la parte demandada actuó por fuera de sus competencias porque dio trámite al proceso de responsabilidad fiscal contra unos sujetos que no eran pasibles de ser parte de aquel; lo anterior, porque la Ley 610 de 2000 es muy clara en indicar quiénes ejercen gestión fiscal; sin embargo, en el caso bajo estudio, es evidente que el procedimiento se inició entre otros, contra el representante legal de la persona jurídica denominada Asociación de Municipios de San Jorge, esta sí, pasible de control fiscal y quien no fue vinculada el procedimiento.

5.9. Aceptó que los particulares pueden ser sujetos de la acción fiscal en los términos previstos en la Ley 610 de 2000; pese a lo anterior, esa responsabilidad personal en este asunto no era predicable del representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge porque no actuó como funcionario público o como particular en ejercicio de funciones públicas, sino como representante de la contratista; en esa medida, es incuestionable que el procedimiento administrativo era nulo por dirigirse contra quien no detentaba la calidad de gestor fiscal.

5.10. Resaltó que idéntica situación se presenta respecto de la parte demandante, toda vez que la autorización que prevé el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, para que las contralorías vinculen a las aseguradoras es limitada y opera únicamente si los hechos, personas o contratos están amparados por un contrato de seguro; en esa medida, la parte demandada no tenía competencia para vincular a Royal Sun & Alliance, porque el contrato de seguro que sirvió para disponer su llamamiento, no amparaba a ninguno de los sujetos objeto de responsabilidad fiscal; en concreto, debido a que la póliza fue tomada por la Asociación de Municipios de San Jorge, persona jurídica que, insistió, no fue vinculada al procedimiento.

5.11. Manifestó que en los actos acusados se expresó que contra la parte demandante no se fallaba con responsabilidad fiscal por no tener la calidad de gestor fiscal; sin embargo, en la parte resolutive se falló con responsabilidad fiscal contra Royal Sun & Alliance no obstante que no era gestor fiscal.



5.12. Subrayó que la parte demandada reconoció que los perjuicios se cubren teniendo en cuenta el amparo afectado y dependiendo de la prestación que no se ejecutó; no obstante, confirmó el acto primigenio donde se sumaron todos los amparos contratados; es decir, si el ente de control no tenía claro cuáles eran las prestaciones que no se ejecutaron, debido a que no existía un acto administrativo en firme que declarara el incumplimiento del contrato, no podía confirmar una decisión estableciendo como prestación asegurada unos valores automáticos sin fundamento legal, contractual y probatorio.

Cuarto cargo: Inexistencia de las obligaciones contractuales a cargo de la parte demandante

5.13. Expresó que, adicionalmente a que los sujetos investigados no podían ser sujetos de la acción fiscal, desde el punto de vista de los riesgos amparados por el contrato de seguro, las obligaciones de quien fue llamada en garantía estaban sujetas a las cláusulas contractuales; bajo esa óptica, la inadecuada gestión fiscal no era objeto de cobertura por la póliza núm. 2165.

5.14. Aseguró que no existía sustento jurídico para imponer una obligación indemnizatoria a la parte demandante, con cargo a un contrato de seguro que no cobijaba la conducta que sirvió para atribuir responsabilidad fiscal; esto, porque la inadecuada gestión fiscal generalmente se afianza mediante un contrato de seguro de manejo pero no mediante contratos de seguro de cumplimiento, que fue el que provocó la vinculación del tercero llamado en garantía.

5.15. Manifestó que fue un error extender los amparos de ese contrato aduciendo, con sustento en el artículo 4.º del Decreto núm. 4828 de 24 de diciembre de 2008⁸, según el cual, cualquier daño con ocasión del contrato es afianzado; lo anterior, porque en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, en el presente caso se limitaron los riesgos amparados por el contrato de seguro a cuatro riesgos: i) manejo del anticipo; ii) pago de salarios y prestaciones sociales; iii) estabilidad de la obra; y iv) **cumplimiento del contrato**; es decir, el fallo de responsabilidad fiscal rompió con el principio de legalidad con la intención maliciosa de imponer una obligación indemnizatoria extraña al proceso de responsabilidad fiscal y respecto de la cual, como ya se informó, el Municipio de

⁸ “[...] Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública [...]”.



Montelíbano, única autoridad competente, no se ha pronunciado (Destacado fuera de texto).

5.16. Sostuvo que bastaba con revisar la cláusula de efectividad de la garantía para determinar que era el Municipio de Montelíbano quien debía demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía del perjuicio, previo el respeto del derecho de audiencia de la parte demandante; sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda no se ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida ante la aseguradora.

5.17. Señaló que, además, si se revisa la cláusula de pago del siniestro, se verifica que no existe una comunicación escrita por medio de la cual el asegurado haya aportado la copia auténtica del acto administrativo ejecutoriado por medio del cual se constituyó la existencia del siniestro y la inexistencia de saldos a favor del contratista para poder aplicar la compensación de que trata la cláusula novena del contrato; es decir, la Resolución núm. 1352 de 13 de mayo de 2011, por medio de la cual el Municipio de Montelíbano declaró el incumplimiento del contrato, no se encuentra en firme por estar pendiente de decisión, el recurso de reposición.

Quinto cargo: Violación del derecho a la igualdad por trato diferencial al tercero civilmente responsable

5.18. Adujo que a la parte demandante se le dio un trato diferencial porque su responsabilidad se concretó en el fallo de responsabilidad fiscal; esto es, los demás sujetos vinculados conocieron desde el inicio los hechos y la cuantía por las que se les llamaba a responder; a diferencia, la parte demandante conoció la cuantía por la que se le llamaba a responder hasta que se finalizó el procedimiento, circunstancia que implicó la violación de su derecho a la igualdad y que restringió sus derechos de contradicción y defensa, los que no pudo ejercer en debida forma por la ambigüedad de su llamamiento al procedimiento.

Sexto cargo: Indebida indexación de las obligaciones contractuales del tercero civilmente responsable

5.19. Destacó que en el fallo de responsabilidad fiscal se le impuso a la parte



demandante no solo responder por el límite máximo asegurado por dos riesgos del contrato de cumplimiento; sino que, además, se indexó la cuantía en contravía de la naturaleza del pago indemnizatorio.

5.20. Resaltó que el artículo 1089 del Código de Comercio es claro en indicar que la indemnización no excederá, en ningún caso, el valor real del interés asegurado al momento del siniestro; posición que ha asumido la Contraloría General de la República en las decisiones núm. 18 y 94 de 2009, dictadas en el proceso de responsabilidad fiscal núm. 25, al señalar que “[...] **no existe fundamento legal y/o jurisprudencial que establezca en cabeza de las aseguradoras que son llamadas al proceso de responsabilidad fiscal en tal calidad, la obligación de asumir el pago de la indexación respectiva frente al monto del daño patrimonial** [...]”; en consecuencia, fue irregular la indexación que realizó la parte demandada al valor asegurado en el contrato de seguro porque “[...] dicha indexación opera solo frente al daño fiscal a cargo de los gestores fiscales, NO FRENTE AL ASEGURADOR quien tiene una responsabilidad CONTRACTUAL, la cual se ha limitado en el contrato por cada riesgo afianzado [...]” (Destacado y subrayado original del texto).

Séptimo cargo: Prescripción ordinaria del contrato de seguro prevista en el artículo 1981 del Código de Comercio

5.21. Explicó que, en palabras de la parte demandada, el hecho que daba sustento a la acción fiscal era la conducta del Alcalde del Municipio de Montelíbano, quien para celebrar el convenio interadministrativo, comprometía las regalías por níquel no obstante que los recursos se habían suspendido desde el 12 de mayo de 2008; esto es, la parte demandada aceptó que el funcionario público sabía que el empréstito que le otorgó Bancolombia se pagaría con recursos propios diferentes a los de las regalías.

5.22. Destacó, con fundamento en lo anterior, que lo descrito en precedencia fue la circunstancia que dio origen al detrimento patrimonial; por eso, es evidente que desde el 23 de octubre, fecha del convenio interadministrativo, transcurrieron más de dos años sin que la parte demandada hubiera vinculado a la parte demandante el proceso de responsabilidad fiscal, configurándose la prescripción de cualquier



derecho que pudiera surgir del contrato de seguro; lo indicado, atendiendo a que la acción fiscal y la derivada del contrato de seguro son autónomas y con regulación legal independiente.

Contestación de la demanda

6. El apoderado del Departamento de Córdoba contestó la demanda extemporáneamente⁹; por su parte, la Contraloría General del Departamento de Córdoba guardó silencio en esta etapa procesal.

Sentencia proferida en primera instancia¹⁰

7. El *a quo*, en sentencia proferida el 26 de junio de 2019, resolvió:

“[...] PRIMERO. NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay condena en costas [...].”

8. El *a quo*, después de hacer referencia a la demanda y a las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso; concluyó lo siguiente:

8.1. Indicó, con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que el artículo 1081 del Código de Comercio contiene dos tipos de prescripciones, una ordinaria y otra extraordinaria; la primera, que opera a los dos años del conocimiento real o presunto por parte del titular de la acción de la ocurrencia del hecho que la genera; y la segunda, que prescribe a los 5 años, contados a partir del surgimiento del derecho independientemente de que se conozca cuando nació.

8.2. Manifestó que en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, las contralorías pasan a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza reemplazando a la entidad tomadora precisamente por no haberla hecho efectiva.

8.3. Advirtió que *“[...] la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y ordenar la efectividad de la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella*

⁹ Folios 189 a 191 del cuaderno núm. 1 del expediente.

¹⁰ Folios 240 a 280 del cuaderno núm. 15 del expediente.



culmine no hay título a ejecutar, sino una acción declarativa constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo complejo [...]”.

8.4. Expresó, con fundamento en jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que: i) la póliza núm. 21675 se había expedido el 14 de noviembre de 2008, cuya vigencia se prorrogó hasta el 10 de abril de 2011; ii) mediante la Resolución núm. 1352 de 13 de mayo de 2011, el Municipio de Montelíbano declaró el incumplimiento del contrato interadministrativo núm. 05 de 2008, respecto del cual se había ordenado su suspensión definitiva desde el 11 de febrero de 2010 por medio del acta núm. 02; iii) la fecha en que se presentó el incumplimiento era el 11 de febrero de 2010, motivo por el cual, la firmeza de los actos administrativos que declararon la responsabilidad fiscal se debía concretar máximo el 11 de febrero de 2012; iv) la Resolución núm. 623 de 2011, por medio de la cual se resolvió el recurso interpuesto contra el fallo que declaró la responsabilidad fiscal, quedó en firme el 26 de noviembre de 2011; es decir, no se configuró el fenómeno de la prescripción de la acción fiscal.

8.5. Afirmó, respecto de la presunta falta de competencia de la parte demandada, que jurisprudencialmente se ha señalado que la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 no significa que haya desaparecido la competencia “[...] de la administración para declarar el siniestro, con el fin de hacer efectiva la póliza de garantía de la obra o servicio contratado [...]”.

8.6. Explicó que, la facultad de declarar la ocurrencia de un siniestro por medio de una decisión unilateral, con la finalidad de hacer efectiva una póliza de seguro, no es exclusiva de los contratos estatales porque se trata de una competencia otorgada de manera general a la administración respecto de cualquier póliza de seguro constituida a su favor.

8.7. Señaló que si bien la Contraloría General del Departamento de Córdoba, no era parte del contrato de seguro, como garante de los recursos públicos, obraba en cumplimiento de un deber legal dirigido a determinar quiénes eran responsables fiscalmente; en el caso bajo estudio, la Asociación de Municipios de San Jorge.



8.8. Aclaró que de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 610 de 2000, sobre gestión fiscal, y atendiendo el objeto del convenio interadministrativo núm. 5 de 2008, no existía duda que los dineros que se entregaron a la contratista tenían la calidad de públicos; en consecuencia, lo relevante era que el control fiscal estaba dado por el ejercicio de gestión fiscal que se le encargó a la Asociación de Municipios de San Jorge.

8.9. Destacó que el contrato es ley para las partes; motivo por el cual el juez debe verificar si el detrimento patrimonial causado al erario se encuentra dentro de la cobertura contratada; y, en el caso bajo examen, “[...] se tiene que no existe expresa estipulación contractual en cuanto a la cobertura relacionada a los detrimentos económicos con nacimiento en juicios de responsabilidad fiscal, sin embargo, el artículo 4.2 del Decreto 4828 de 2008 [...], dispuso “[...] **Parágrafo.** En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía [...]” [...].”

8.10. Consideró, con fundamento en lo anterior, que el riesgo encontraba amparo legal en el parágrafo del artículo 4.2 del Decreto 4828 de 2008.

8.11. Aseguró que del contenido de los actos cuestionados era evidente que a la parte demandante no se la había desconocido el derecho a la igualdad; tampoco el de contradicción, porque estaba acreditado en el proceso que se le concedieron todas las oportunidades para ejercer sus derechos en las actuaciones previas al surgimiento de los actos administrativos acusados.

8.12. Señaló, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que no “[...] le asiste razón al demandante sobre lo que impone precisar que le era imputable a la compañía de seguros por el monto pagado por la condena impuesta, la cual fue correctamente indexada a la fecha del pago motivo por el cual el cargo no está llamado a prosperar [...]”.



Recurso de apelación¹¹

9. La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en los siguientes términos:

9.1. Insistió en que no existe obligación contractual a cargo de la parte demandante, no solo desde el punto de los sujetos vinculados al procedimiento de responsabilidad fiscal donde el tomador del seguro no fue condenado; sino también desde la naturaleza de los riesgos afianzados porque las obligaciones del tercero civilmente responsable están sujetas a las estipulaciones mercantiles que regulan el contrato de seguro y a las contractuales que justifican su citación al proceso.

9.2. Reiteró que la conducta investigada por la parte demandada obedeció a una gestión fiscal inadecuada la cual no fue objeto de afianzamiento; en consecuencia, “[...] *no tiene sustento legal ni contractual imponer una obligación indemnizatoria, con cargo a un contrato de seguro que NINGUNA COBERTURA OTORGA A LA CONDUCTA OBJETO DE CONDENA EN EL PROCESO FISCAL [...]*”.

9.3. Reafirmó que la gestión fiscal inadecuada, en principio, se afianza en un contrato de seguro de manejo, pero nunca por contratos de seguro de cumplimiento como el tomado por la Asociación de Municipios de San Jorge; de manera que fue arbitrario que el ente de control haya afectado la póliza como si en el contrato existiera cobertura para el riesgo investigado; se ahí que el *a quo* se haya equivocado al indicar que “[...] *en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º del Decreto 4828 de 2008, cualquier daño con ocasión del contrato es afianzado, desconociendo de forma absoluta las condiciones contractuales [...]*”.

9.4. Recalcó que el contrato solamente amparaba cuatro riesgos; en consecuencia, es evidente que se violó el principio de legalidad al imponerse a la parte demandante una obligación sin fundamento contractual y legal; transgresión

¹¹ Folios 446 a 455 del cuaderno núm. 1 del expediente.



que avaló el Tribunal de la primera instancia violando de manera directa la ley “[...] *al no estimar las estipulaciones contractuales que establecen los riesgos cubiertos y las exclusiones [...]*”; esto es, la primera instancia no realizó “[...] *un análisis detallado del contrato de seguro de cumplimiento celebrado y que presuntamente le sirve de fundamento para juzgar a mí representada [...]*”.

9.5. Aseguró que “[...] *la decisión carece de una motivación probatoria y sustancial que establezca la responsabilidad del asegurador como tercero civilmente responsable. Ni los actos administrativos acusados, ni la sentencia de primera instancia, explican cómo se deduce la responsabilidad contractual de la compañía de seguros, se limita a describir los amparos de la póliza de cumplimiento, modificaciones y vigencias, para acto seguido, en la parte resolutive, hacer caso omiso de la clasificación y diferencias puestas de presente para simplemente sumar todos los amparos del contrato [...]*”.

9.6. Resaltó que si eventualmente la asegurada pretendiera hacer efectiva la garantía, tenía que cumplir previamente todas las condiciones contractuales para el pago del siniestro, acreditando con certeza su ocurrencia.

9.7. Cuestionó el hecho de que el Tribunal de la primera instancia no advirtiera que si bien mediante la Resolución núm. 1352 de 2011, se declaró el incumplimiento del contrato; en aquel no dio una motivación adecuada que permitiera acreditar la ocurrencia del siniestro; esto, porque en el acto administrativo no se precisaron, con suficiencia, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que llevaron a declarar el incumplimiento.

9.8. Adujo que el contrato de seguro de cumplimiento no cubre el incumplimiento del contrato sino los perjuicios derivados de ese incumplimiento; perjuicios que, insiste, no fueron demostrados; es decir, el contrato suscrito cubría los perjuicios sufridos con ocasión de la no inversión del anticipo; el uso indebido del anticipo; y la apropiación indebida del anticipo por el contratista; situaciones de las cuales no existe prueba que se hayan materializado.

9.9. Expresó que la parte demandada se extralimitó en sus funciones porque “[...] *en lugar de analizar la conducta de los sujetos investigados con miras a*



verificar una inadecuada gestión fiscal en su proceder que afectara el patrimonio y/o las arcas de la Administración Municipal de Montelíbano, investigó, se pronunció y, vía fallo fiscal, declaró el incumplimiento del contrato estatal, y ordenó hacer efectivas unas garantías contractuales [...]”.

9.10. Censuró la decisión respecto de la prescripción contenida en el artículo 1081 del Código de Comercio porque “[...] conforme a las propias afirmaciones de la Contraloría es la conducta del alcalde de la entidad territorial, quien para celebrar el convenio interadministrativo número 005 de octubre 23 de 2008 con “ASOSANJORGE”, comprometió las regalías por Níquel cuando ya estos recursos estaban suspendidos desde el día 12 de Mayo de 2008, todo a sabiendas que las regalías no entrarían a las arcas del Municipio [...]”; es decir, la parte demandada consideró que desde entes de contratar, el alcalde, como agente fiscal, “[...] conocía que el empréstito otorgado por Bancolombia se pagaría con recursos propios diferentes a las regalías [...] circunstancia que genera el detrimento patrimonial [...]”; esto es, contado el término de prescripción desde el 23 de octubre de 2008, no se realizó trámite alguno para vincular a la aseguradora estructurándose la prescripción de los derechos que podían surgir del contrato de seguro.

9.11. Advirtió que la acción de responsabilidad fiscal y la derivada del seguro son autónomas; regulada la primera por la Ley 610 de 2000 y la segunda por el Código de Comercio; de ahí que a la relación contractual no se le pueda aplicar el régimen de caducidad y prescripción de la Ley 610.

9.12. Insistió que, además de lo anterior, no procedía la indexación porque se desconoció la diferencia entre obligación de valor y obligación dineraria; siendo la primera la única pasible de ser actualizada en el tiempo para contrarrestar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

Actuación en segunda instancia

Admisión del recurso, pruebas y traslado para alegar



10. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 9 de abril de 2021 ordenó que, en el término de diez (10) días, las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público.

Alegatos de conclusión

De la parte demandante

11. El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos que expuso en la demanda y en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia.

Concepto del Ministerio Público

12. El Ministerio Público guardó silencio en este momento procesal.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

13. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala; ii) los actos administrativos acusados; iii) el problema jurídico; iv) el marco normativo sobre el régimen de responsabilidad fiscal; v) el acervo probatorio; y, vi) análisis del caso concreto.

Competencia de la Sala

14. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, aplicable en los



términos del artículo 308¹² de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹³, sobre el régimen de transición y vigencia; y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

15. Agotados los procedimientos inherentes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala procederá a examinar las argumentaciones expuestas por la parte demandante en el recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia proferida el 26 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Actos administrativos acusados¹⁴

16. Los actos administrativos acusados son los siguientes:

16.1. El fallo con responsabilidad fiscal de 7 de julio de 2011¹⁵, del cual se destaca, lo siguiente:

“[...] ASUNTO A DECIDIR

Este Despacho procede a dictar fallo con responsabilidad fiscal, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal número 23 del año 2011, contra los señores ex alcalde del municipio de Montelíbano – EDISON RANGEL AGUAS – alcalde de Montelíbano, JORGE LUIS MADRID NOVOA, Representante se ASOSANJORGE, IDELMA MARÍA OÑATE CHINCHÍA contratante en representación del municipio y JHON JAIRO MONRROY MANTILLA contratista.

¹² “[...] **Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.

¹³ “[...] *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.*

¹⁴ Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.

¹⁵ Folios 47 a 62 del cuaderno núm. 1 del expediente.



[...]

MOTIVACIÓN JURÍDICO FISCAL

De acuerdo con los hechos que presenta la queja de la Ciudadanía de Montelíbano y las pruebas recopiladas en la diligencia preliminar y en el proceso de responsabilidad fiscal, los funcionarios comisionados para adelantar dicha investigación, encontraron mérito para imputar Responsabilidad Fiscal contra JORGE LUIS MADRID NOVOA, Representante de la Asociación de municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE", firma contratista; EDISON RANGEL AGUAS, en calidad de representación (sic) de la alcaldía del municipio de Montelíbano contratante; JHON JAIRO MONRROY MANTILLA contratista de la alcaldía e IDELMA MARÍA OÑATE CHINCHÍA, en calidad de Secretaria del Interior de la alcaldía municipal de Montelíbano, a razón de que se le delegó funciones para suscribir contrato de mínima cuantía en la alcaldía del municipio de Montelíbano.

Los hechos que enmarcaron la investigación que conllevó a imputar responsabilidad fiscal consisten en que existen:

"Presuntas irregularidades en la ejecución de las obras que son objeto del convenio interadministrativo No. 005 de 2008, celebrado entre la alcaldía municipal de Montelíbano con la Asociación de Municipios del Alto Sinú (sic) "ASOSANJORGE", para Construcción de la Central de Abastos del San Jorge y el Centro Micro Empresarial de Montelíbano.

En la cual se constató por parte de este ente de control, que el estado actual del convenio, es que está suspendido hasta el 11 de febrero de 2011, como también la alcaldía pagó a ASOSANJORGE por concepto de la ejecución de las obras, la suma de \$4.202'054.969,00 pesos, por concepto del Convenio, no obstante "ASOSANJORGE" para efectos de la ejecución de las obras pagó al administrador delegado FRANCISCO URZOLA SOLANO, la suma de \$3.219'509.752,00, lo que existe en obras ejecutadas. Entre lo pagado y ejecutado existe diferencia de \$982.545.217,00 [...].

El siguiente hecho consiste en que el contrato de empréstito que celebró el municipio de Montelíbano con el banco Bancolombia, para la ejecución del Convenio No. 005 de 2008, fue suscrito el día 14 de septiembre de 2007, por el entonces alcalde MÓISES NADER RESTREPO, pignorando en la cláusula SEXTA – Regalía Níquel. Luego el señor EDISON RANGEL modifica el contrato de empréstito celebrado con Bancolombia el día 25 de julio de 2008, en plazos, formas de pago. Posteriormente mediante el pagaré de fecha 11 de agosto de 2008, pignora las rentas REGALÍAS NÍQUEL, ignorando el alcalde EDISON RANGEL AGUAS, que ya estos giros estaban suspendidos por el Ministerio de Minas desde el 12 de mayo de 2008, lo anterior es confirmado a través del tesorero del municipio WILSON CEVERA ESPITÍA mediante certificación de fecha 2 de febrero de 2011.

También se observa, que en los extractos bancarios de la cuenta de ahorro del municipio de Montelíbano del Banco Bancolombia, por donde son manejados los recursos del crédito para la ejecución del convenio No. 005 de 2008, que este último debió en el mes de septiembre de 2009 de esta cuenta, recursos para cancelar cuotas en mora, por parte del municipio de Montelíbano, por concepto del empréstito, o sea se auto pagó cuotas atrasadas. Lo que nos conduce a creer que este crédito a la fecha no se ha cancelado con recursos de regalías Níquel.



Se tiene que, el municipio de Montelíbano a través de la señor IDELMA MARÍA OÑATE CHINCHÍA, contrató y canceló al contratista JHON JAIRO MONRROY MANTILLA, por concepto de modificación de los planos estructurales y arquitectónicos a los terrenos donde se ejecuta el convenio No. 005 de 2008, la suma de \$13'916.000,00, los cuales la administración municipal no presentaron los documentos requeridos para contratar con el Estado, considerándolo en la imputación, como presunto detrimento al patrimonio del Estado" [...].

Se resalta [...], que este Ente de Control, sostiene que el daño patrimonial que se le ha causado a la alcaldía del municipio de Montelíbano, es de competencia de este Ente de Control, teniendo en cuenta las siguientes razones:

- El contrato de empréstito, suscrito entre alcalde del municipio de Montelíbano MOISÉS NADER RESTREPO y la gerente de la sucursal de banco BANCOLOMBIA S.A de Montelíbano, el día 14 de septiembre de 2007, en la cláusula SEXTA - establece que se pignoran los recursos de inversión REGALÍA NÍQUEL del Municipio de Montelíbano, por un valor de \$6.000.000.000, 00 pesos. Prueba visible a folios 161 al 167.

Dichos recursos, según extracto bancario que reposa a folio No. 155, fueron consignados el día 24 de octubre de 2008, a la cuenta corriente No. 96645510370 del municipio de Montelíbano, en cabeza de la administración del señor EDINSON RANGEL AGUAS, en un monto de \$6.000.000.000,00 . Prueba visible a folios 140 al 155.

Que mediante Decreto No. 087 de fecha agosto 11 de 2008, pruebas a folios 157,158 y 159, se ha demostrado objetivamente, que los recursos ingresaron a las arcas del presupuesto del municipio, a través de una adición al presupuesto, ordenada.

Que los recursos regalías Níquel, están suspendidos desde el 12 de mayo de 2008, según resolución No. 0545 del DNP. Lo anterior es certificado por el tesorero municipal de la alcaldía del municipio de Montelíbano a fecha 11 de febrero de 2011. Prueba que es radicada a folio 219, por tanto no se ha cancelado el empréstito con recursos regalías Níquel.

También se evidencia, que el alcalde del municipio de Montelíbano EDINSON RANGEL AGUAS, comprometió los recurso Regalías Níquel, cuando ya estos recursos estaban suspendidos, a la fecha de la celebración del convenio Interadministrativo No. 005 el día 23 de octubre de 2008, con la Asociación de Municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE", cuyo objeto es la construcción las obras de la Central de Abastos y centro micro empresarial de Montelíbano.

El alcalde del municipio de Montelíbano EDINSON RANGEL AGUAS, canceló de los recursos que giró el banco Bancolombia por concepto del empréstito al municipio de Montelíbano, la suma de \$4.202.054.969,00 para ejecución de Obras a la Asociación de Municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE".

Asimismo, se probó que el banco Bancolombia sucursal de Montelíbano, debitó de la cuenta corriente No. 96645510370 del municipio de Montelíbano donde se consignó dicho crédito, la suma de \$1.618.299.263,00 por conceptos de pagos de cuotas atrasadas por parte del municipio de Montelíbano. Lo que



nos conduce, que a la fecha, no se ha cancelado el empréstito con recurso regalías.

Por otra parte, la obra que está construyendo en el Municipio de Montelíbano, la cual es objeto de investigación, su fuente de financiación es recurso del crédito; recursos que fueron ingresados al presupuesto del municipio en su tiempo, a través de una adición presupuestal, ordenada mediante Decreto No. 087 de fecha agosto 11 de 2008, registrándola con el código 413101- Construcción Rem. Ampliación y mtto. de Edif. (sic), por tanto no prospera su solicitud de nulidad del Proceso de Responsabilidad fiscal por falta de competencia. Por lo tanto, está demostrado objetivamente, que los recursos que se investigan son propios.

Entonces, el argumento expuesto por el recurrente, como es el desconocimiento de la competencia, en ningún caso se ha ignorado la competencia prevalente de la Contraloría General de la República frente a la vigilancia y control de los recursos de regalías que transfiere la Nación a los entes Territoriales; comoquiera que en el Contrato de Empréstito y Pignoración, celebrado entre el municipio de Montelíbano y Bancolombia S.A. se dispone en su cláusula sexta que el municipio de Montelíbano da en garantía y fuente de pago de sus obligaciones y a favor del Banco, en calidad de prenda abierta, el producto de la renta denominada REGALÍAS DE NÍQUEL. Sin embargo, en prueba que aparece relacionada en el expediente, visible a folio 219, se evidencia que el municipio de Montelíbano tiene suspendidos los recursos de Regalías de Níquel, desde el 12 de mayo de 2008, por lo tanto los pagos que el municipio ha hecho por concepto de ese contrato, ha sido con recursos propios como se detalla en los extractos bancarios radicados a folios 140 al 155.

Por último, fue aportado al proceso, en el término de traslado de la imputación de responsabilidad fiscal, la Resolución No. 1352 de fecha mayo 13 de 2011, emanada de LA ALCALDÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE MONTELÍBANO, donde se declara unilateralmente el incumplimiento del contrato Interadministrativo de Cooperación Interinstitucional No. 005 de 2008 y, a la vez ordena su terminación y liquidación en el estado que se encuentra el Convenio. Estableciendo daño patrimonial al municipio de Montelíbano en una cuantía de mil quinientos cuarenta y siete millones ochocientos catorce novecientos diecisiete pesos (\$ 1.547.814.917).

Mal haría este despacho, en fallar sin responsabilidad fiscal a favor del la asociación de municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE" representada legalmente por el señor JORGE LUIS MADRID NOVOA firma contratista y ADINSON RANGEL AGUAS en calidad de Contratante y alcalde del municipio de Montelíbano Córdoba, por cuanto está demostrado dentro del presente proceso el incumplimiento de la ejecución del contrato.

SEGUNDO ALEGATO DEL DOCTOR ELÍAS DAVID ARUACHAN TORRES, EN CALIDAD DE APODERADO DEL SEÑOR JORGE LUIS MADRID NOVOA: Alega que, "Se ha podido apreciar de la imputación que hubo un error por parte de la Contraloría Departamental en el informe de inspección judicial de fechas 31 de enero, 1,7,8 de febrero de 2011. "QUEDARON CONSIGNADAS LAS DIFICULTADES QUE SE PRESENTARON PARA LA EVALUACIÓN DE LA OBRA POR FALTA DE EQUIPO PARA REVISAR APLIQUES Y POR FALTA DE CLARIDAD EN LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA POR EL MUNICIPIO, COMO SON LAS ACTAS Y LOS



PLANOS, TAMBIÉN PRESENTARON DIFICULTADES PARA CUANTIFICAR INSTALACIONES ELÉCTRICAS, HIDROSANITARIAS, ZAPATAS, SOBRE CIMIENTOS, PERFILES Y RELLENOS EN MATERIAL SELECCIONADO, BAJANTES PARA AGUAS LLUVIAS, EXCAVACIONES Y RELLENOS, LO QUE NOS LLEVA A PREGUNTAR ¿SI NO PUDIERON CUANTIFICAR TODOS ESTOS MATERIALES DE LA OBRA, DE DONDE SACARON EL VALOR DEL PRESUPUESTO FALTANTE. TAMBIÉN QUEDÓ REGISTRADO EL PROBLEMA DEL ESPACIO PÚBLICO, POR INVASORES QUE TIENEN NEGOCIOS PARTICULARES Y QUE OCASIONA UN DETRIMENTO DE LA ESTRUCTURA, COMO TAMBIÉN LOS SAQUEOS POR PARTE DE LOS LADRONES QUE APROVECHAN LA NOCHE PARA ARRANCAR LOS MATERIALES Y PODERLOS COMERCIALIZAR?”.

Otro presupuesto fáctico, que expone el doctor Aruachan, es el siguiente. "QUE LA OBRA NO SE EJECUTÓ 100% NO FUE POR CULPA DE "ASOSANJORGE", TODO LO CONTRARIO, ASOSANJORGE HASTA LA FECHA HA SIDO VÍCTIMA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL MUNICIPIO DE MONTELÍBANO. SOLICITO QUE SE REALICE POR PARTE DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL UNA NUEVA INSPECCIÓN JUDICIAL A LA OBRA EN MENCIÓN, PARA CONSTATAR TODO LO ANTERIOR".

Para el caso materia de investigación, como es que la asociación de municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE no ha ejecutado el 100% de las obras contratadas, este despacho resuelve en razón a las pruebas aportadas y practicadas dentro del Proceso, teniendo en cuenta lo siguiente:

La Contraloría dio a conocer a través de la diligencia de inspección, que las obras no se encuentran ejecutadas en su totalidad por la asociación de municipios del Alto San Jorge "ASOSANJORGE" y en la actualidad están suspendidas sin alguna reiniciación, demostrando a la vez, que el valor pagado no corresponde al ejecutado en obras. En la misma diligencia se estableció que la alcaldía municipal de Montelíbano no planeó ni proyectó acorde con el área de terreno con que contaba el municipio para construir la central de abastos, lo que creó un replanteamiento o rediseño del terreno donde se construyó; de igual forma se observó en dicha diligencia que no se hizo el estudio técnico de los terrenos donde se ejecutarían las obras para obviar las condiciones naturales del lote de terreno y la colindancia del mismo, lo anterior para prevenir que las construcciones causaren perjuicio a los habitantes vecinos. Se reconoce en la misma inspección la problemática social de la ocupación del espacio público sin solución, como son las invasiones del terreno, afectando así a dicho proyecto. En efecto, también se dejó plasmado que la falta de las actas modificatorias de las obras no permitió valorar el 100% de las obras ejecutadas y que a la vez se encuentran inconclusas.

En las etapas procesales adelantadas en el proceso No. 23 de 2011, por los funcionarios competentes, se observa que ni la administración municipal, ni "ASOSANJORGE" entidades Contratante y Contratista respectivamente, **aportaron pruebas de peso, que controviertan la imputación,** más sin embargo el apoderado de Jorge Luis Madrid Novoa, **en representación de la asociación de municipio,** solicita una nueva diligencia de inspección judicial a las obras ejecutadas, fundamentándola en la falta de valoración de algunas obras, según la diligencia de inspección judicial de fecha 31 de enero, 1, 7 y 8 de febrero de 2011; prueba que se considera por parte de este despacho innecesaria e inútil, teniendo en cuenta que ésta ya fue practicada por este Ente de Control [...].



Mal haría esta Contraloría, en reconocer que JORGE LUIS MADRID NOVOA en representación de la Asociación de municipios "ASOSANJORGE", ha cumplido con la ejecución de obras en un 100%, sobre lo cancelado por EDINSON RANGEL AGUAS alcalde municipal de Montelíbano, cuando asumimos que esta obra, no ha presentado ningún beneficio a la comunidad Montelibanese y sucurvesinos, antes por el contrario, le acarrea daños y perjuicios a la administración, toda vez que se observa que la firma interventora del convenio T.V.P., se le adeudan recursos por el contrato de interventoría, e igual el contratista delegado por la Asociación "ASOSANJORGE", para construir las obras, da a conocer dentro del proceso, que se le adeudan obras ejecutadas, las cuales no se le han liquidado a raíz de la problemática de dicho convenio. Lo mismo no se ha demostrado en el proceso por parte de Asosanjorge la cancelación de los impuestos y parafiscales de ley, por tanto cuantificamos el daño patrimonial por Asosanjorge en la suma de \$4.202'054.969,00 para Asosanjorge (sic) quien responderá solidariamente con el señor EDINSON RANGEL AGUAS en calidad de alcalde del municipio de Montelíbano por la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el empréstito fue por un valor de seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000,00), y el valor cancelado a "ASOSANJORGE" fue de \$4.202'054.969,00, existiendo una diferencia de \$1.797'945.031,00, dinero que debe elevarse a detrimento patrimonial en cabeza de la administración del señor EDINSON RANGEL AGUAS [...].

Por otra parte, la Aseguradora Royal Sun & Alliance S.A. vinculada como tercero civilmente responsable dentro del proceso de la referencia, quien no compareció al mismo pese a todas las citaciones y habersele nombrado apoderado de oficio, no se pronunció ante el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.

El art. 4 de la Ley 610 de 2000: OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARÁGRAFO 10. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

ARTÍCULO 50. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.



Se tiene que en este caso, se han conjugado los tres elementos citados en la anterior norma, por lo tanto este despacho procede fallar con responsabilidad fiscal, fundamentado en el artículo 53 de la citada ley.

"Art. 53. Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable. Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes".

*Las pruebas conducen a la existencia de un daño patrimonial por la suma de seis mil millones de pesos (\$6.000.000 00000) correspondientes a los recursos provenientes del contrato de empréstito celebrado entre Bancolombia, sucursal Montelíbano, y la Alcaldía Municipal, de los cuales la administración municipal en cabeza del señor **EDINSON RANGEL AGUAS**, celebró convenio interadministrativo No. 005 de 2008 con **ASOSANJORGE** por la suma de (\$5.749.869.88600), valor que se toma como detrimento al patrimonio del municipio; por tal razón se debe actualizar con el valor presente según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, la suma de (\$5.749.869.886) correspondientes al valor total del convenio en mención.*

*Por otro lado, se evidencia que la compañía Aseguradora Royal & S.A Sun Alliance Seguros (sic) mediante la póliza de cumplimiento No. 21675 vigente desde el 14 de noviembre de 2008 amparó cumplimiento del contrato, manejo de anticipo, prestaciones sociales y estabilidad en la suma de \$3.162.428.438,00 y posteriormente a 21 de mayo de 2010 fue modificada a razón de ampliación de términos para la ejecución de la obra. Teniendo en cuenta la póliza que garantiza el anticipo y el cumplimiento del contrato por un valor de \$2.299'947.955, es el valor a indexar como tercero civilmente responsable a la compañía aseguradora Royal & S.A. **SUN ALLIANCE**.*

[...]

*Ahora bien, el valor a indexar como detrimento al patrimonio como tercero civilmente responsable a la compañía **Royal & S.A. SUN ALLIANCE** es la suma de \$2.299'947.955, por concepto del valor garante del anticipo y cumplimiento del contrato.*

Entonces se indexa

[...]

*VP= \$2.299'947.955
IPC ACTUAL: (107.90)
IPC HISTÓRICO: (99.28)
V.A: \$2.299'947.955 x $\frac{107.90}{99.28}$ = **\$2.499'641.260,51***



Visto el anterior resultado se desprende que a la compañía **aseguradora Royal & S.A. SUN ALLIANCE como tercero civilmente responsable responde por la suma de \$2.499'641.260,51.**

Se concluye de lo anterior que la responsabilidad fiscal es de los señores **EDINSOSN RANGEL AGUAS**, en calidad de **ALCALDE MUNICIPAL DE MONTELÍBANO** para la época de ocurrencia de los hechos, **JORGE LUIS MADRID NOVOA**, en calidad de **representante legal de "ASOSANJORGE"**, firma contratista y la compañía **Aseguradora Royal & S.A. SUN ALLIANCE como tercero civilmente responsable.**

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Despacho de la Oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Córdoba,

RESUELVE

PRIMERO: Fallar con responsabilidad fiscal dentro del proceso No. 23 de 2011, contra el alcalde del municipio de Montelíbano – **EDISON RANGEL AGUAS** [...] y **JORGE LUIS MADRID NOVOA** Representante Legal de "ASOSANJORGE" [...], por la suma de \$4.566'898.984,23, quienes responden en forma solidaria, conforme la parte motiva de esta providencia.

[...]

TERCERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal, dentro del proceso No. 23 de 2011, contra la compañía Aseguradora **Royal & S.A. SUN ALLIANCE como tercero civilmente responsable por la suma de \$2.499'641.260,51**, conforme la parte motiva de esta providencia, monto que hace parte de la suma establecida en el artículo primero de la parte resolutive de esta providencia [...] (Destacado fuera de texto - Subrayado original del texto).

16.2. El Auto de 23 de agosto de 2011¹⁶, por medio del cual se resuelve unos recursos de reposición, del cual se destaca lo siguiente:

[...] FUNDAMENTOS DEL RECORRENTE PARA LA REPOSICIÓN

[...]

A través de escrito presentado el día 4 de Agosto de 2011, la Compañía Aseguradora **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (Colombia)**, NIT 860002505-7, mediante apoderado judicial, Doctora [...], presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, basando concretamente su recurso en:

1- Se vincula al asegurador como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal, aduciendo la calidad de garante sin ningún fundamento legal y contractual.

La contraloría con base en el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza número 21675 celebrado entre la **ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE SAN JORGE "ASOSANJORGE"** en calidad de tomador y **ROYAL & SUN**

¹⁶ Folios 63 a 74 del cuaderno núm. 1 del expediente.



ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. en calidad de asegurador, MUNICIPIO DE MONTELÍBANO asegurado y beneficiario, y ASOSANJORGE" afianzado, concluye erróneamente que en este contrato de seguro la aseguradora asumió el riesgo de la responsabilidad fiscal en que incurriera las personas naturales vinculadas como presuntos responsables en este proceso.

2- La decisión no realiza un análisis profundo y detallado del contrato de seguro de cumplimiento celebrado, no examina sus elementos esenciales, ni sus condiciones generales y particulares que hubiera permitido a la contraloría establecer con certeza que el contrato de seguro de cumplimiento no ampara la responsabilidad fiscal de los agentes fiscales investigados y sus consecuencias.

*El asegurador con fundamento en el artículo 1056 del Código de Comercio estableció expresamente los riesgos que asumía en el contrato de seguro de cumplimiento, amparos que verificamos en el capítulo segundo y que **no dejan duda de la ausencia de cobertura respecto a la responsabilidad fiscal que se busca deducir en este proceso.***

3- No existe en la decisión motivación sustancial y probatoria que establezca la responsabilidad del asegurador como tercero civilmente responsable. El párrafo que contiene la única referencia frente al asegurador no explica cómo se deduce la responsabilidad contractual de la Compañía de seguros, se limita a describir los amparos de la póliza de cumplimiento modificaciones y vigencias.

Basta con revisar la cláusula de "EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA" para concluir lo siguiente:

Es el Municipio de Montelíbano - asegurado- la entidad estatal contratante que debe demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida conforme al artículo 1077 del Código de Comercio, previo agotamiento del derecho de audiencia del contratista garantizado y del garante.

Hasta el momento el Municipio de Montelíbano no ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida ante el asegurador. Tampoco se ha agotado el derecho de audiencia del contratista garantizado y del garante.

Igualmente, de la cláusula de "PAGO DEL SINIESTRO" se verifica que:

No existe ninguna comunicación escrita del asegurado MUNICIPIO DE MONTELÍBANO al asegurador, que acompañe copia auténtica del Acto Administrativo ejecutoriado que constituya la ocurrencia del siniestro, junto con la constancia de la entidad estatal contratante asegurada de la no existencia de saldos a favor del Contratista garantizado respecto de los cuales se pueda aplicar la compensación de que trata la condición novena de este clausulado o en el que conste la disminución en el valor a indemnizar en virtud de la compensación.

Adicionalmente conforme a la cláusula de "NOTIFICACIONES Y RECURSOS", el Municipio de Montelíbano nunca ha notificado a la Aseguradora los Actos Administrativos atinentes a la efectividad de cualquier amparo de la póliza, previo agotamiento del derecho de defensa del contratista garantizado y garante.

4- Igualmente yerra (sic) el fallador al establecer la cuantía frente al asegurador. Aunque es claro que la Compañía de seguros no tiene la



calidad de garante frente a los agentes fiscales, y que nunca se asumió el riesgo de la responsabilidad en el contrato de seguro de cumplimiento, es oportuno precisar que los valores asegurados en los diferentes amparos no son automáticos.

Es la entidad territorial la que en su oportunidad establecerá con prueba que ofrezca certeza la cuantía exacta en la que se manejó mal el anticipo, y el incumplimiento contractual y su cuantía.

5-Por último, es evidente que se estructura la prescripción ordinaria del contrato de seguro establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Entra el despacho a analizar los motivos de inconformidad presentados por el señor EDINSON RANGEL AGUAS, a través del apoderado judicial [...].

Sea lo primero manifestar que al recurrente no le asiste razón cuando afirma que este Ente de Control Fiscal no es competente para conocer del proceso de responsabilidad fiscal No. 23 - 2011, toda vez que según el recurrente los recursos son provenientes de regalías y la competencia para conocer de estos recursos está en cabeza exclusiva de la Contraloría General de la República, por las siguientes razones.

El Municipio de Montelíbano en cabeza del señor MOISÉS NADER RESTREPO, para la época de los hechos, suscribió contrato de Empréstito con Bancolombia, para la ejecución del Convenio No. 005 de 2008, suscrito el día 14 de septiembre de 2007, en el cual pignoraron las regalías provenientes del Níquel, para garantizar el pago del empréstito, de igual forma a través del pagaré de fecha 11 de agosto de 2008, pignora las rentas REGALÍAS DE NÍQUEL, ignorando el señor Alcalde EDINSON RANGEL AGUAS, que estos recursos estaban suspendidos por el Ministerio de Minas desde el día 12 de Mayo de 2008.

*Se observó en los extractos bancarios de la cuenta de ahorro del municipio de Montelíbano del Banco Bancolombia, **donde se manejaron los recursos del convenio No. 05 - 2008, donde el Banco debitó en el mes de septiembre de 2009 de esta cuenta, recursos para cancelar cuotas en mora por parte del municipio. De igual forma se demostró dentro del presente proceso, cómo los recursos provenientes del empréstito en comento, ingresaron a las arcas del municipio de Montelíbano el día 24 de octubre de 2008, a la cuenta corriente No. 96645510370 la suma de \$6.000.000.000.***

Que mediante el decreto No. 087 de fecha 11 de agosto de 2008, se realizó la adición presupuestal correspondiente a los \$6.000.000.000.

*Por otra parte, la obra se está construyendo en el Municipio de Montelíbano, la cual es sujeto de control de este ente de control Fiscal, recursos fueron (sic) ingresados al presupuesto del municipio a través de una adición presupuestal, ordenada mediante decreto No. 087 de fecha 11 de agosto de 2008, registrándola con el código 413101 Construcción Rem. Ampliación y Mtto de Edif y hasta la fecha no ha cancelado ninguna cuota del empréstito con dinero proveniente de regalías, por lo que estas se encuentran suspendidas desde el día 12 de mayo de 2008, **y los pagos que se ha realizados como se dijo anteriormente han sido con recursos propios, como está establecido en los extractos bancarios.***



*Por lo tanto si hasta la fecha no ha se ha pagado dinero alguno con recurso de regalías, como está debidamente probado dentro del presente proceso, este Ente de Control es el Competente para conocer del proceso, y no se está frente a una causal de Nulidad como lo quiere hacer ver el recurrente en sus argumentos, **por lo que los dineros con los que se le canceló al contratista (ASOSANJORGE), como los dineros que se auto pagó el banco en el mes de septiembre de 2009 son recursos propios por concepto de cuotas de pago del empréstito.***

Ahora, en relación a los argumentos de inconformidad presentados por el señor JORGE LUIS MADRID NOVOA, [...] en su calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Municipios del San Jorge "ASOSANJORGE", [...] este despacho se manifiesta de la siguiente forma:

*A la supuesta falta de competencia del funcionario para conocer y fallar, como se dijo anteriormente la obra se está construyendo en el Municipio de Montelíbano, el cual es sujeto de control de este ente de control Fiscal, los recursos fueron ingresados al presupuesto del municipio a través de una adición presupuestal, ordenada mediante decreto No. 087 de fecha 11 de agosto de 2008, registrándola con el código 413101- Construcción Rem. Ampliación y Mtto de Edif y hasta la fecha no ha cancelado ninguna cuota del empréstito con dinero proveniente de regalías, por lo que estas se encuentran suspendidas desde el día 12 de mayo de 2008, y **los pagos que se ha realizados como se dijo anteriormente han sido con recursos propios** (Como ya se dijo regalías suspendidas), como está establecido en los extractos bancarios.*

Por lo tanto si hasta la fecha no ha se ha pagado dinero alguno con recurso de regalías, como está debidamente probado dentro del presente proceso, este Ente de Control es el Competente para conocer del proceso, y no estamos frente a una causal de Nulidad como lo quiere hacer ver el recurrente en sus argumentos, por lo que los dineros con los que se le canceló al contratista (ASOSANJORGE), como los dineros que se auto pagó el banco en el mes de septiembre de 2009 son recursos propios por concepto de cuotas de pago del empréstito.

A la supuesta violación del derecho de defensa del implicado: o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, concerniente en que la contraloría negó la prueba de inspección solicitada por el defensor del señor Madrid, ya que según su criterio era inútil ya que fue practicada por el ente de control, con argumentos superfluos y que se notificó por estado.

Este ente de control basó su decisión, en que el medio de prueba (Inspección Judicial), ya había sido practicado por el funcionario de conocimiento, por lo tanto se consideró como sobrante e inútil, por otro lado que el Auto Negando Prueba de fecha 21 de junio de 2001 se notificó por estado, siendo esto violatorio al derecho de defensa y al debido proceso, lo cual es errado toda vez que se basó en la ley 610 de 2000 en su artículo 51 [...]. Por lo tanto se debía notificar por estado porque así lo establece la misma ley 610, y no como erradamente lo quiere hacer ver el recurrente, hay que aclarar que procede esta forma de notificación, ya que se está frente a un Auto de Imputación en el cual se le da un término de 10 días al presunto responsable para que presente argumentos de defensa dentro de los cuales puede solicitar pruebas, por lo tanto procede posteriormente al auto de rechaza o concede la prueba la notificación por estado, no existe violación al derecho a la defensa, cuando



esta prueba fue solicitada dentro de argumentos de defensa que trata el artículo 49 [...].

A la supuesta inexistencia de un faltante y detrimento toda vez que las pruebas obrantes en el proceso no lo determinan, el despacho manifiesta que la Contraloría General del Departamento de Córdoba, practicó Inspección Judicial en las obras objeto de la presente investigación, en el cual se presentó un informe de visita de obra por parte de la Ingeniera de la Contraloría General del Departamento de Córdoba, en el cual determinó con claridad meridiana que a febrero de 2010 el contratista (ASOSANJORGE) había recibido por parte de la Alcaldía Municipal de Montelíbano la suma de \$4.202.054.969 y hasta febrero de 2010, las obras estaban ejecutadas por un valor de \$2.890.000.000, verificando con esto la ejecución de obras hasta la fecha de la práctica de la Inspección Judicial, por lo tanto se deberá confirmar el fallo con Responsabilidad Fiscal No. 23 - 2011, de fecha 07 de julio de 2011.

De otra parte, en relación a los argumentos de inconformidad presentados por la Compañía Aseguradora ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS [...] este despacho se manifiesta de la siguiente forma:

A la supuesta falta de fundamento legal y contractual para vincular al asegurador como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal, aduciendo la calidad de garante, expresa el órgano de control que el fundamento legal y contractual mediante el cual se vincula a la aseguradora en calidad de tercero civilmente responsable es precisamente el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza número 21675 celebrado entre la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DEL SAN JORGE "ASOSANJORGE" en calidad de tomador y ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. en calidad de asegurador, MUNICIPIO DE MONTELÍBANO asegurado y beneficiario, y "ASOSANJORGE" afianzado; de igual forma, aclara este organismo que contra la aseguradora no se falla con responsabilidad fiscal habida cuenta que no son gestores fiscales, ni existe cláusula que ampare tal responsabilidad, y conforme al parágrafo del artículo 4 del Decreto 4828 de 2008 establece que la garantía de cumplimiento también cubrirá los perjuicios causados a la entidad contratante derivados de la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista, siempre que dicha declaratoria sea consecuencia del incumplimiento de obligaciones surgidas del contrato garantizado. Ello significa que ESTOS PERJUICIOS NO SE CUBREN CON CARGO A UNA COBERTURA INDEPENDIENTE, y activarán el amparo respectivo dependiendo de la naturaleza de la prestación inejecutada, por tal razón carece de sentido lo o sustentado por el recurrente.

En lo relacionado a que la decisión no realiza un análisis profundo y detallado del contrato de seguro de cumplimiento celebrado, no examina sus elementos esenciales, ni sus condiciones generales y particulares que hubiera permitido a la Contraloría establecer con certeza que el contrato de seguro de cumplimiento no ampara la responsabilidad fiscal de los agentes fiscales investigados y sus consecuencias, sostiene esta entidad que para vincular al proceso a la aseguradora en virtud del contrato de seguro como tercero civilmente responsable no constituye una falta no hacer un examen detallado al contrato de seguro de cumplimiento celebrado por cuanto la Ley 610 de 2000 en su artículo 44 ordena tal vinculación sin señalar algún tipo de condicionamientos.



*En cuanto a los riesgos que asume la aseguradora en el contrato de seguro de cumplimiento no aparece la cobertura respecto de la responsabilidad fiscal de los funcionarios y particulares investigados, así como tampoco el detrimento que se llegare a causar al patrimonio público, **habida cuenta que no se discute la responsabilidad fiscal de la aseguradora sino su vinculación al proceso en calidad de tercero civilmente responsable, conforme al tenor del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 [...].***

Indica el recurrente que no existe en la decisión motivación sustancial y probatoria que establezca la responsabilidad del asegurador como tercero civilmente responsable. El párrafo que contiene la única referencia frente al asegurador no explica cómo se deduce la responsabilidad contractual de la Compañía de seguros, se limita a describir los amparos de la póliza de cumplimiento modificaciones y vigencias.

*Dentro de este marco ha de considerarse que, el ordenamiento legal establece los sujetos de la acción fiscal, los cuales están cualificados como gestores fiscales, pero **además de ello, ordena la ley, vincular en calidad de tercero civilmente responsable a quien es garante de las obligaciones que se contraen a través de los contratos estatales**, cuando el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, ordena vincular a la compañía aseguradora cuando el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentre amparado por una póliza de seguros.*

*Vale la pena precisar que la vinculación (al tenor de la ley y sus efectos) **no se hace a través de la acción fiscal por el mecanismo propio de la acción contractual - entidad estatal - aseguradora, bajo la modalidad de reclamación, sino como se anotó, a la luz de la normatividad civil privada, como tercero civilmente responsable. Es decir, las Contralorías de cualquier orden nacional, departamental, distrital y municipal, en representación de los intereses del Estado, no actúa u obra vía acción fiscal como parte directa del contrato de seguro, sino por vía de disposición legal (Ley 610 de 2000).***

*Sobre el caso objeto de estudio, **quedó demostrado dentro del proceso la existencia del contrato de seguro de cumplimiento suscrito entre la aseguradora y la asociación por tanto no se necesita ahondar en el supuesto para vincular a la aseguradora como tercero civilmente responsable.***

Alega el recurrente que yerra (sic) el fallador al establecer la cuantía frente al asegurador. Aunque es claro que la Compañía de seguros no tiene la calidad de garante frente a los agentes fiscales, y que nunca se asumió el riesgo de la responsabilidad en el contrato de seguro de cumplimiento, es oportuno precisar que los valores asegurados en los diferentes amparos no son automáticos.

*Sobre el particular, **se le manifiesta al recurrente que se le solicitará al Contralor Departamental expedir una Función de Advertencia al Municipio de Montelíbano para que proceda a hacer efectivas las pólizas de cumplimiento que amparan el convenio interadministrativo No. 005 del 23 de octubre de 2008 para cuantificar el monto a través del procedimiento establecido en el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008.***

Concluye el recurrente que es evidente que se estructura la prescripción ordinaria del contrato de seguro establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio [...].



Es preciso advertir frente al caso planteado que en ninguna circunstancia se está desconociendo la normatividad consagrada en el Estatuto Comercial en materia de contrato de seguros, sin embargo y con fundamento en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado se desprende que en el sub lite no opera la prescripción aludida por el recurrente habida cuenta que las pólizas se encontraban vigentes al momento en que se de conocimiento de este Despacho el hecho que dio origen a la investigación, radicado el 24 de septiembre de 2010; por tal motivo no le asiste razón al recurrente al alegar la prescripción del contrato de seguro.

Con fundamento en lo anterior, la Oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General del Departamento de Córdoba.

RESUELVE

PRIMERO: *Confirmar el Fallo con Responsabilidad Fiscal N° 23-2011, de fecha 07 de julio de 2011, de acuerdo a la parte motiva de la presente providencia [...]” (Destacado fuera de texto).*

16.3. La Resolución núm. 01-17-0623 de 11 de octubre de 2011¹⁷, del cual se destaca lo siguiente:

[...] RESOLUCIÓN: 01-17-0623
(11-10-2011)

“Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Apelación”

[...]

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

[...]

De otra parte, en relación a los argumentos de inconformidad presentados por la Compañía Aseguradora ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (Colombia), NIT 860002505-7, mediante apoderado judicial [...] este despacho se manifiesta de la siguiente forma:

*A la supuesta falta de fundamento legal y contractual para vincular al asegurador como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal, aduciendo la calidad de garante, **expresa el órgano de control que el fundamento legal y contractual mediante el cual se vincula a la aseguradora en calidad de tercero civilmente responsable es precisamente el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza número 21675 celebrado entre la ASOCIACIÓN DE MUNICIPIOS DE SAN JORGE "ASOSANJORGE" en calidad de tomador y ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS (COLOMBIA) S.A. en calidad de asegurador, MUNICIPIO DE MONTELIBANO asegurado y beneficiario, y "ASOSANJORGE" afianzado; de igual forma, aclara este organismo que contra la aseguradora no se falla con responsabilidad fiscal habida cuenta que no son gestores fiscales, ni existe cláusula que ampare tal responsabilidad, y conforme al párrafo del artículo 4 del Decreto 4828 de 2008 establece que***

¹⁷ Folios 92 a 115 del cuaderno núm. 1 del expediente.



la garantía de cumplimiento también cubrirá los perjuicios causados a la entidad contratante derivados de la declaratoria de responsabilidad fiscal del contratista, siempre que dicha declaratoria sea consecuencia del incumplimiento de obligaciones surgidas del contrato garantizado. Ello significa que ESTOS PERJUICIOS NO SE CUBREN CON CARGO A UNA COBERTURA INDEPENDIENTE, y activarán el amparo respectivo dependiendo de la naturaleza de la prestación inejecutada, por tal razón carece de sentido lo sustentado por el recurrente.

En lo relacionado a que la decisión no realiza un análisis profundo y detallado del contrato de seguro de cumplimiento celebrado, no examina sus elementos esenciales, ni sus condiciones generales y particulares que hubiera permitido a la Contraloría establecer con certeza que el contrato de seguro de cumplimiento no ampara la responsabilidad fiscal de los agentes fiscales investigados y sus consecuencias, sostiene esta entidad que para vincular al proceso a la aseguradora en virtud del contrato de seguro como tercero civilmente responsable no constituye una falta no hacer un examen detallado al contrato de seguro de cumplimiento celebrado por cuanto la Ley 610 de 2000 en su artículo 44 ordena tal vinculación sin señalar algún tipo de condicionamientos.

En cuanto a los riesgos que asume la aseguradora en el contrato de seguro de cumplimiento no aparece la cobertura respecto de la responsabilidad fiscal concluye el recurrente que es evidente que se estructura la prescripción ordinaria del contrato de seguro establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio.

*Al respecto manifiesta este Despacho que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 17 de junio de 2010, M.P. RAFAEL OSTAU DE LAFONT PANETA, manifiesta: conviene reiterar sobre este tema **que el término de esa prescripción es distinto al término de vigencia de la póliza, que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante o asegurador, y que las prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o desde que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso la Contraloría General de la República, tenga conocimiento de su ocurrencia.***

*Es preciso advertir frente al caso planteado que en ninguna circunstancia se está desconociendo la normatividad consagrada en el Estatuto Comercial en materia de contrato de seguros, sin embargo y con fundamento en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado **se desprende que en el sub lite no opera la prescripción aludida por el recurrente habida cuenta que las pólizas se encontraban vigentes al momento en que es de conocimiento de este Despacho el hecho que dio origen a la investigación, radicado el 24 de septiembre de 2010; por tal motivo no le asiste razón al recurrente al alegar la prescripción del contrato de seguro.***

[...]

Por lo anterior, deberá entonces confirmarse el Fallo Con Responsabilidad Fiscal, proferido en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 23 de 2011 de fecha 07 de junio de 2011, el cual, dadas las circunstancias de su expedición, fue objeto de consulta.



En mérito de lo expuesto, el Contralor general del Departamento de Córdoba en uso de sus atribuciones Constitucionales y legales,

RESUELVE

Artículo primero: *Confirmar en todas y cada una de sus partes el Auto de fecha 07 de julio de 2011, por medio del cual se Falló con Responsabilidad Fiscal [...]” (Resaltado fuera de texto).*

Problema jurídico

17. La Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la demanda, la contestación a la demanda, el recurso de apelación y las pruebas legal y válidamente aportadas al expediente, determinará:

17.1. Si: i) el fallo con responsabilidad fiscal de 7 de julio de 2011; ii) el auto de 23 de agosto de 2011, por medio del cual se resuelven unos recursos de reposición; y iii) la Resolución núm. 01-17-0623 de 11 de octubre de 2011, emitidos por la Contraloría General del Departamento de Córdoba; se deben anular por haberse expedido sin competencia; con violación de los derechos al debido proceso y a la igualdad; falsa motivación; y violación de normas de orden superior; como consecuencia de lo anterior,

17.2. Si es procedente confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida, en primera instancia, el 26 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

17.3. En el caso de prosperar el recurso de apelación, se deberá determinar si es procedente o no acceder a las pretensiones de restablecimiento.

Marco normativo sobre el proceso de responsabilidad fiscal

20. Visto el artículo 267 de la Constitución Política, vigente para la época de los hechos, el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, responsable de vigilar “[...] **la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos [...]”** (Destacado fuera de texto).



21. Visto el artículo 268 de la Constitución Política; en especial el numeral 5.º, al Contralor General de la República, le corresponde: “[...] **Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma [...]**”.

22. Visto el artículo 272 *ibidem*, sobre la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios en que existan contralorías, establece lo siguiente:

*“[...] Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios **donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.***

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley [...] (Destacado fuera de texto).

23. Visto el artículo 2.º de la Ley 42¹⁸ de 26 de enero de 1993¹⁹, son sujetos de control fiscal, entre otros, “[...] **los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos [...]**” (Destacado fuera de texto).

¹⁸ Norma vigente para la época de los hechos.

¹⁹ “[...] Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen [...]



24. Visto el artículo 4.º *ibidem*, “[...] **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 [...]**” (Destacado fuera de texto).

25. Visto el artículo 8.º *eiusdem*, “[...] **La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración [...]**” (Destacado fuera de texto).

26. Visto el artículo 9.º de la Ley 42, en el ejercicio del control fiscal se puede acudir a los siguientes sistemas de control: i) financiero; ii) de legalidad; iii) de gestión; iv) de resultados; v) de revisión de cuentas; y, vi) de evaluación de control interno.

27. Visto el artículo 13 *ibidem*, “[...] **El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado [...]**”.

28. Visto el artículo 14 *ibidem*, “[...] **La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones [...]**” (Destacado fuera de texto).

29. Visto el artículo 44 de la Ley 42 de 1993, “[...] **Los recursos provenientes de empréstitos garantizados por la Nación y otorgados a cualquier persona o entidad estarán sometidos a la vigilancia de la Contraloría General de la República [...]**”; además, el párrafo de la norma indica que “[...] **Cuando se trate de entidades no sometidas a la vigilancia de la Contraloría General de la República, el control previsto en este artículo sólo se aplicará sobre los proyectos,**



planos o programas **financiados con el empréstito [..]** (Destacado fuera de texto).

30. Visto el artículo 65 *ibidem*, sobre las contralorías departamentales y municipales, destaca que “[..] **Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley [..]**” (destacado fuera de texto).

31. Visto el artículo 107 *ibidem*, “[..] **Los órganos de Control Fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten [..]**” (Destacado fuera de texto).

32. Visto el artículo 1.º de la Ley 610, “[..] **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 [..]**” (Destacado fuera de texto).

33. Visto el artículo 3.º de la ley citada *supra*, por gestión fiscal se entiende “[..] **el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales [..]**” (Destacado fuera de texto).

34. Visto el artículo 4.º de la Ley 610, el objeto de la responsabilidad fiscal es “[..] **el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como**



consecuencia de la conducta dolosa o culposa **de quienes realizan gestión fiscal** mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.[...]; responsabilidad que “[...] **es autónoma e independiente** y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad [...]” (Destacado fuera de texto).

35. Visto el artículo 5.º *idem*, son elementos de la responsabilidad fiscal, los siguientes: i) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona (natural o jurídica) que realiza gestión fiscal; ii) un daño patrimonial al Estado; y iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

36. Visto el artículo 6.º de la Ley 610, por daño patrimonial al Estado se debe entender “[...] **la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público [...]**”²⁰ (Destacado fuera de texto).

37. Visto el artículo 9.º *ibidem*, sobre caducidad y prescripción, “[...] **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. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal,**

²⁰ Mediante sentencia C-340 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” contenida en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, así como la inexecutable de las expresiones “uso indebido” e “inequitativa” contenidas en la misma disposición.



*si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. **El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública [...]*** (Destacado fuera de texto).

38. Visto los artículos 23, 24, 25, 28, 30 y 32 de la Ley 610; sobre pruebas para responsabilizar; petición de pruebas; libertad de pruebas; pruebas trasladadas; pruebas inexistentes; y oportunidad para controvertir las pruebas; se advierte que: i) el fallo de responsabilidad únicamente procede cuando obra prueba que dé certeza del daño patrimonial y la responsabilidad del investigado; ii) el investigado o quien rinda exposición libre pueden pedir la práctica de pruebas; iii) el daño al patrimonio y la responsabilidad del investigado puede demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente reconocido; iv) al proceso de responsabilidad fiscal se puede trasladar cualquier prueba obrante válidamente en un proceso judicial, administrativo, disciplinario o de responsabilidad fiscal; v) los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tienen validez probatoria siempre que se hayan recaudado cumpliendo los requisitos de ley; vi) toda prueba recaudada sin el lleno de los requisitos de ley o que afecte los derechos fundamentales del investigado se debe tener como inexistente; y vii) el investigado puede controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar o desde la notificación del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

39. Visto el artículo 39 *ibidem*, la indagación preliminar tiene por objeto “[...] **verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él [...]**” (Destacado fuera de texto).

40. Visto el artículo 40 *ibidem*, cuando de la indagación preliminar, “[...] se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e **indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de**



apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso [...] (Destacado fuera de texto).

41. Visto el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, sobre vinculación del garante, destaca que “[...] **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.** La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella [...] (Destacado fuera de texto).

42. Visto el artículo 48 de la Ley 610, sobre el auto de imputación de responsabilidad fiscal, prevé:

“[...] Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:

- 1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.*
- 2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.*
- 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado [...]*”

43. Visto el artículo 49 *ibidem*, sobre notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, señala que el “[...] *El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por*



apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso [...].

44. Visto el artículo 50 *ibidem*, sobre traslado, los presuntos responsables fiscales cuentan con 10 días, contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación de responsabilidad fiscal o de la desfijación del edicto “[...] *para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer [...].*”

45. Visto el artículo 53 *ibidem*, sobre el fallo con responsabilidad fiscal, corresponde al funcionario competente proferir fallo con responsabilidad fiscal “[...] **cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable [...].**”; además, la norma indica que “[...] **Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE [...].**” (Destacado fuera de texto).

46. Visto el artículo 61 de la Ley 610, sobre la caducidad del contrato estatal, “[...] *Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado [...].*”

47. Visto el artículo 68 *ibidem*, sobre derogatoria; mediante la Ley 610 se dispuso: “[...] **Deróganse los artículos 72 a 89 y el párrafo del artículo 95 de la Ley 42 de 1993 [...].**” (Destacado fuera de texto).

Acervo probatorio

48. La Sala procederá a apreciar y valorar, en conjunto, las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos del



artículo 187²¹ del Código de Procedimiento Civil; en concordancia con el artículo 176²² del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con el problema jurídico planteado en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los siguientes términos:

Pruebas documentales

48.1. Copia del auto de cierre de indagación preliminar y apertura de proceso de responsabilidad fiscal, por medio del cual la Contraloría General del Departamento de Córdoba, resolvió: i) *“Cerrar la diligencia preliminar [...] adelantada contra el municipio de Montelíbano y la Sociedad de Municipios de San Jorge “ASOSANJORGE”, y ii) “[...] Aperturar Proceso de Responsabilidad Fiscal, contra JORGE LUIS MADRID NOVOA, [...] representante legal de “ASOSANJORGE”, EDISON RANGEL AGUAS [...] Alcalde de Montelíbano y a la aseguradora – Royal y Sun Alliance [...]”*²³.

La indagación preliminar se originó en una queja que la comunidad del Municipio de Montelíbano radicó ante la Contraloría General de la República y que está remitió, por competencia a la Contraloría General del Departamento de Córdoba, el 22 de septiembre de 2010.

La parte demandada, luego de un extenso resumen de las pruebas recaudadas, determinó que no obstante que las obras contratadas por el Municipio de Montelíbano se debían ejecutar en un plazo máximo de 16 meses contado desde el 23 de octubre de 2008, las obras se encontraban suspendidas desde el 11 de febrero de 2011; además, que la entidad territorial entregó a la Asociación de

²¹ “[...] **ARTÍCULO 187. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos [...]”.

²² “[...] **ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba [...]”.

²³ Folios 25 a 29 del cuaderno núm. 1 del expediente.



Municipios de San Jorge, para la ejecución de las obras, la suma de \$4.202'054.969, de los cuales, “[...] *en obras construyó hasta \$2.654'240.052,00 equivalente a un 63.17%. La diferencia de \$1.547'814.917, que equivaldría a un 36,83%, dejado de ejecutar por parte de ASOSANJORGE en obras [...]*”; además, que la Asociación de Municipios de San Jorge, para efectos de ejecutar las obras pagó a un administrador delegado la cuantía de \$3.219'509.752,00, razón por la cual existe una diferencia de \$982'545.217.

48.2. Copia del edicto desfijado el 18 de abril de 2001²⁴, por medio del cual se notifica, entre otros, a la parte demandante y se le informa sobre las pruebas que se ordenó practicar en el proceso de responsabilidad fiscal, entre ellas, la versión libre de los representantes legales de Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. y de la Asociación de Municipios de San Jorge.

48.3. Copia del auto de imputación de responsabilidad fiscal de 2 de mayo de 2011²⁵, por medio del cual la parte demandada, entre otras circunstancias, resolvió imputar responsabilidad fiscal al señor Jorge Luis Madrid Novoa “[...] **en calidad de representante legal de ASOSANJORGE y a la Compañía Aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. [...]**”; lo anterior, entre otras razones, porque se determinó que “[...] *ASOSANJORGE recibió recursos de la alcaldía del municipio de Montelíbano, Córdoba, por concepto del Convenio No. 005 de 2008 la suma de \$4.202'054.969,00 pesos y, que a la vez este contrató un administrador delegado para la construcción de las obras de la Central de Abastos y Centro Micro Empresarial [...] a quien le entregó e invirtió en obras \$3.219'509.752,00 [...] determinando un faltante de \$982'545.217 [...]*” (Destacado fuera de texto).

La parte demandada concluyó que lo sucedido era responsabilidad, entre otros, del representante legal de la contratista Asociación de Municipios de San Jorge, por haber incumplido la ejecución de las obras contenidas en el Convenio Interadministrativo núm. 005 de 2008; convenio garantizado mediante la póliza de cumplimiento núm. 21675 entre el 14 de noviembre de 2008 y el 10 de abril de

²⁴ Folios 30 y 31 del cuaderno núm. 1 del expediente.

²⁵ Folios 34 a 46 del cuaderno núm. 1 del expediente.



2011, lo que dio “[...] **origen a la vinculación como tercero civilmente responsable al proceso de la aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. [...]**” (Destacado fuera de texto)

Estableció que “[...] **el factor generador del daño se dio como consecuencia de la omisión de la Asociación ASOSANJORGE, al no ejecutar las obras de la central de abasto y del Centro Microempresarial del municipio de Montelíbano, en un 100% [...]**” (Destacado fuera de texto).

48.4. Copia de la póliza de cumplimiento núm. 21675²⁶, donde el tomador fue la Asociación de Municipios de San Jorge; el afianzado fue la Asociación de Municipios de San Jorge; y el beneficiario o asegurado el Municipio de Montelíbano; allí se indica en el numeral 1.2, sobre amparo de cumplimiento del contrato, lo siguiente: “[...] **cubre a la entidad estatal contratante asegurada de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones nacidas del contrato, así como de su cumplimiento tardío o de su cumplimiento defectuoso, cuando ellos son imputables al contratista garantizado [...]**”; adicionalmente, en el numeral 1.3., se determinó que el “[...] **amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad estatal contratante asegurada, de los perjuicios sufridos con ocasión de (i) la no inversión, (ii) el uso indebido y (iii) la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato [...]**” (Destacado fuera de texto).

En el numeral 4.º de la póliza citada *supra*, se señaló que la suma asegurada “[...] **determinada para cada amparo en la carátula de esta póliza, delimita la responsabilidad máxima de la compañía en caso de siniestro [...]**”; de manera que, en relación con el anticipo la suma asegurada fue de \$2.874'934.943; mientras que por el concepto de cumplimiento del contrato, la suma ascendía a \$574'986.989.

²⁶ Folios 145 a 153 del cuaderno núm. 1 del expediente.



48.5. Copia de la Resolución núm. 1352 de 13 de mayo de 2011²⁷, expedida por el Municipio de Montelíbano, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato interadministrativo núm. 005 de 2008; en este acto administrativo la entidad territorial, luego de concluir que la Asociación de Municipio de San Jorge, incumplió las obligaciones que surgían del contrato citado *supra*, porque había dejado de ejecutar la suma de \$1.547'814.917 de la totalidad de los dineros que se le entregaron a título de anticipo, además de declarar el incumplimiento del contrato, determinó que, Asosan Jorge tenía que retornar la cantidad de \$1.547'814.917, “[...] **por concepto de anticipo dejado de amortizar y sus respectivos intereses en razón del incumplimiento del contrato [...]**” (Destacado fuera de texto).

48.6. Copia del contrato interadministrativo de cooperación interinstitucional núm. 005 de 2008²⁸, suscrito por el señor Edinson Rangel Aguas en representación del Municipio de Montelíbano en su calidad de alcalde, y el señor Jorge Luis Madrid Novoa “[...] **actuando en calidad de representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge [...]**” (Destacado fuera de texto).

En este contrato, entre las muchas obligaciones que adquirió la Asociación de Municipios de San Jorge, se pueden destacar, las siguientes: i) ejecutar de forma continua e ininterrumpida y de manera efectiva el objeto del contrato; ii) realizar todos los trabajos necesarios para la ejecución del objeto contractual; iii) adelantar las obras de acuerdo con la programación del proyecto; iv) verificar la localización del proyecto en el terreno de acuerdo con los planos; v) ejercer la coordinación técnica administrativa y financiera de los trabajos con el objeto de conseguir la correcta ejecución del objeto del contrato; vi) cumplir con el objeto del contrato de acuerdo con las condiciones técnicas, económica y financieras y del contrato y comerciales de la propuesta presentada; vii) mantener permanentemente altos niveles de eficiencia técnica y profesional para cumplir sus obligaciones; y viii) mantener al municipio libre de toda pérdida, reclamo, demanda, pago de litigios, acciones legales, reivindicaciones y fallas de cualquier especie y naturaleza que se entable o se pueda entablar por causa de acciones u omisiones en que incurra

²⁷ Folios 154 a 157 del cuaderno núm. 1 del expediente.

²⁸ Folios 296 a 301 del cuaderno núm. 1 del expediente.



el contratista o sus agentes o subcontratistas durante la ejecución de la obras; y
ix) invertir oportuna y efectivamente los recursos financieros.

Adicional a lo anterior, en la cláusula quinta del contrato, se señaló que el Municipio de Montelíbano aportaría la suma de \$5.749'869.886, para lo cual desembolsaría un anticipo del 50% del valor de la obra a la suscripción del contrato, y el restante 50% mediante entregas parciales de acuerdo con el avance en la ejecución del objeto del contrato.

Solución del caso concreto

49. Visto el marco normativo en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto refiriéndose estrictamente a los argumentos planteados en el recurso de apelación; esto, bajo la aclaración de que en el transcurso del proceso no se ha discutido si existió o no gestión fiscal por parte de la contratista, sino las diferentes circunstancias amparadas por la póliza de cumplimiento.

50. Esta Sala, empieza por indicar que de la normativa transcrita *supra*, se llega a las siguientes conclusiones:

i) La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales son las autoridades competentes para ejercer el control y vigilancia sobre la gestión fiscal que la administración, los particulares, y las entidades, realicen respecto de los fondos o bienes del Estado; en ejercicio de esa competencia, una vez establezca la existencia de responsabilidad fiscal, le compete imponer las sanciones pecuniarias a que haya lugar; recaudar el monto y ejercer la jurisdicción coactiva.

ii) La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales ejercen control fiscal sobre los particulares (personas naturales o jurídicas), siempre que manejen fondos o bienes del Estado, con la finalidad de verificar que con aquellos se cumplan los objetivos que haya previsto la administración.



iii) Determinada la existencia de operaciones fraudulentas o irregularidades, se debe iniciar el juicio fiscal donde se debe determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, por acción o por omisión causaron de forma dolosa o culposa daño al patrimonio del Estado.

iv) La ley definió la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado (naturales o jurídicas), que manejan o administran recursos o fondos públicos, entre otras circunstancias, tendientes a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas para cumplir con los fines esenciales del Estado.

v) El objeto de la responsabilidad fiscal es obtener el resarcimiento del daño que se haya causado al patrimonio público; su característica principal es su carácter autónomo e independiente; es decir, la acción fiscal y la atribución de responsabilidad es principal; por tanto, aunque existan otros medios judiciales o administrativos para obtener la reparación del daño causado al patrimonio del Estado, aquella se puede ejercer de manera directa.

vi) Legalmente, el daño al patrimonio público está previsto como el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro a los bienes o recursos públicos, producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, causado por acción o por omisión de los servidores públicos o por los particulares que de manera dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

vii) La acción fiscal caduca a los 5 años de la ocurrencia del hecho generador del daño sin que se haya emitido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; término que se cuenta desde el día de la realización si se trata de actos o hechos instantáneos; y desde el último hecho o acto, si aquel es complejo, de tracto sucesivo, permanente o continuado; el que se haya configurado la caducidad de la acción fiscal no impide que la reparación del daño causado al patrimonio del Estado se pueda obtener mediante acción civil o dentro de un proceso penal ejercido por la contraloría o por la autoridad pública perjudicada.



viii) El fallo de responsabilidad: i) procede cuando obre prueba que dé certeza del daño patrimonial y la responsabilidad del investigado; ii) el investigado o quien rinda exposición libre pueden pedir la práctica de pruebas; iii) el daño al patrimonio y la responsabilidad del investigado puede demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente reconocido; iv) al proceso de responsabilidad fiscal se puede trasladar cualquier prueba obrante válidamente en un proceso judicial, administrativo, disciplinario o de responsabilidad fiscal; v) los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tienen validez probatoria siempre que se hayan recaudado cumpliendo los requisitos de ley; vi) toda prueba recaudada sin el lleno de los requisitos de ley o que afecte los derechos fundamentales del investigado se debe tener como inexistente; y vii) el investigado puede controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar o desde la notificación del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

ix) La ley 610 derogó parcialmente la Ley 42, entre ellos, el artículo 83; sin embargo, el artículo 61 de la Ley 610 conservó, en lo esencial, el texto de la norma derogada, al indicar: “[...] **Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado [...]**” (Destacado fuera de texto).

Primer cargo: *Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro de cumplimiento de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio*

51. La Sala empezará por analizar el cargo relacionado con la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, toda vez que si aquella se encuentra configurada y atendiendo su implicación sustancial para el proceso, conllevaría a que, sin necesidad de que se estudien los demás cargos, se revoque la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa catalina.

52. Esta Sala, para iniciar el estudio señalado *supra*, considera indispensable referirse a algunos pronunciamientos jurisprudenciales, en los que en similares



casos ha estudiado el fenómeno prescriptivo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio.

53. Esta Sala observa que la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 22 de octubre de 2020, proferida, en segunda instancia, dentro del expediente 250002341000201200418-01²⁹, explicó la prescripción citada *supra*, de la siguiente manera.

“[...] La prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en el proceso de responsabilidad fiscal

La parte actora considera que en este caso operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, pues el término para que ello ocurriera era de dos años, según lo señalado por el artículo 1081 del Código de Comercio, y no el de cinco años a que se refiere el artículo 9 de la Ley 610 de 2000; arguye que tampoco había lugar a aplicar la Ley 1474 de 2011, toda vez que, para la fecha en que se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal, ésta aún no había entrado en vigor.

Para dilucidar si se configuró el fenómeno de la prescripción, la Sala estima necesario revisar las citadas disposiciones en aras de determinar cuál era la que debía aplicarse y las consecuencias que ello conlleva:

El artículo 1081 del Código de Comercio dispuso frente a las acciones derivadas del contrato de seguro:

“Artículo 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.”

Por su parte el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 estableció:

“ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. *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.*

²⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de octubre de 2020. Expediente. 250002341000201200418-01. C.P. Oswaldo Giraldo López.



La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública”.

A su vez, el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 precisó:

“ARTÍCULO 120. PÓLIZAS. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000”.

En cuanto a la vigencia de la Ley 1474, el artículo 135 ejusdem previó:

“Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le seas contrarias”.

Es de anotar que dicha ley fue promulgada en el diario oficial número 48.128 el 12 de julio de 2011.

De las normas en cita se desprende que la Ley 610 de 2000 no estableció un término de prescripción para las pólizas de seguros por las cuales fuera vinculado al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, vacío que fue superado por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, que previó el término de prescripción para las pólizas de seguros, el cual está sujeto al mismo término de prescripción del proceso de responsabilidad fiscal señalado por el artículo 9 de la Ley 610 de 2000; en ese contexto, antes de la expedición de la ley 1474 se debía aplicar el artículo 1081 del Código de Comercio.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho³⁰:

“[...] en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción.

72. Para lo cual, se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable, toda vez que dicha 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, derivado 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.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de octubre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez número único de radicación 25000 23 24 000 2003 00054 01.



73. Asimismo, esta Sección³¹ señaló que, comoquiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro 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, toda vez que tiene supuestos, motivos y objetos específicos, sin que sea posible equipar dos prescripciones, cuya naturaleza difiere completamente la una de la otra; toda vez que mientras que en la del seguro, se predica por la falta de ejercicio de las acciones por parte de quienes tienen el interés en reclamar la indemnización del contrato; en el caso de la prescripción de la responsabilidad fiscal, se instituye en el marco de un proceso fiscal, y lo que se sanciona aquí no es otra cosa que la inacción y dilación de la propia Administración para dictar una providencia que resuelva la situación jurídica de los implicados.

[...].”

De lo anterior se colige que la disposición que debe regular las prescripciones ocurridas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 es el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ello por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación estimó que la vinculación del garante como tercero civilmente responsable es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado y por ende puede considerarse como una acción paralela a la de la responsabilidad fiscal, aunque se surta al interior del mismo proceso, sin que sea posible equipar las dos prescripciones, cuya naturaleza difiere la una de la otra; toda vez que, mientras en la del contrato de seguro ésta se configura ante la falta de ejercicio de las acciones por parte de quienes tienen el interés en reclamar la indemnización, en el caso de la prescripción de la responsabilidad fiscal, se instituye en el marco de un proceso fiscal.

Sobre el inicio del cómputo del término de prescripción señalado por el artículo 1081 del Código de Comercio en los procesos de responsabilidad fiscal, la Sección igualmente ha precisado³²:

“(...) 2.- Aplicabilidad de la prescripción señalada en el artículo 1081 del Código de Comercio en casos de procesos de responsabilidad fiscal.

La cuestión atrás precisada hace menester precisar (sic) si la prescripción que consagra la citada norma es independiente o autónoma de la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal prevista en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000, y por ende si 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.

Al respecto, sirve traer como precedente de dicha cuestión, lo señalado por la Sala en sentencia reciente, de 18 de marzo pasado, en la medida en que ella se planteó la pregunta de si el artículo 1081 del Código de Comercio es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. sentencia de 18 de marzo de 2011, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 25000-23-24-000-2004-00529-01.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 17 de junio de 2010. C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Expediente radicación nro. 68001-23-15-000-2004-00654-01.



la Ley 610 de 2000, **se respondió que sí en virtud del siguiente razonamiento:**

"[...] 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 1° 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.

(...)

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 9° 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.

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



Conviene reiterar sobre este tema que el término de esa prescripción es distinto al término de vigencia de la póliza, que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante o asegurador, y que **la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o de que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso lo es la Contraloría General de la República, tenga conocimiento de su ocurrencia**”.

(...)

Consiguientemente, tal como lo advierte el a quo, el término de dos (2) años previsto en la norma transcrita para la prescripción ordinaria, empezó a correr para la Contraloría General de la República a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que bien puede tenerse como tal el 13 de marzo de 2000, fecha del auto de apertura de investigación fiscal, por lo cual los dos años corrieron desde entonces hasta el 13 de marzo del 2002.

(...)”.

Acorde con lo anterior, es claro que en los procesos de responsabilidad fiscal, para declarar al garante como civilmente responsable, antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 de 2011 se aplicaba el término de prescripción previsto por el artículo 1081 del Código de Comercio y no el contenido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, ni el señalado en el artículo 66 del C.C.A., y el plazo empezaba a computarse desde la fecha que la Contraloría tuvo conocimiento de los hechos investigados [...]”
(Destacado fuera de texto - Subrayado original del texto).

54. Esta Sección, en sentencia de 18 de febrero de 2021³³, se pronunció en similar sentido, al explicar, lo siguiente:

“[...] la Sala advierte que sí existe un criterio jurisprudencial reiterado, consistente y uniforme en torno a la aplicación de la prescripción ordinaria de dos (2) años prevista en el artículo 1081 del régimen comercial para hacer exigibles las indemnizaciones propias del contrato de seguro en sede de procesos de responsabilidad fiscal.

En ese sentido, en la sentencia de 18 de marzo de 2010, con radicación 25000232400020040052901, a la cual alude la apelante en tanto fue objeto de mención en la sentencia impugnada, esta Sección del Consejo de Estado señaló particularmente lo siguiente:

[...] 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

³³ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de febrero de 2021. Expediente. 680012331000200400491-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.



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.

[...]

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 9° 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 (Destacado original del texto).

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

[...]

De los partes transcritos se extrae que esta Sección determinó: (i) que por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría General de la República, ante la omisión del contratante o beneficiario de la póliza, está facultada para vincular al proceso de responsabilidad fiscal a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, por razones inherentes al objeto del contrato de seguro; (ii) que la acción de responsabilidad fiscal, que tiene como objeto establecer los alcances fiscales o detrimentos patrimoniales que puedan surgir de la gestión fiscal, difiere de la acción derivada de un contrato de seguro, cuyo objeto es hacer efectivo el amparo dado mediante el mismo, y (iii) que para hacer exigible la garantía es aplicable la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio y no el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la ley 610 de 2000, toda vez que no se trata de un llamado por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino de una acción especial para hacer efectivo el amparo contratado (Destacado original del texto).

Las consideraciones de la providencia en mención fueron prohijadas por por esta misma Sección en sentencia de 17 de junio de 2010, con radicado 68001-23-15-000-2004-00654-01³⁴, en la cual, por lo demás, precisó que el término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio es distinto al término de vigencia de la póliza; que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante o asegurador, y que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o desde que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso lo es la Contraloría General de la República, **tenga conocimiento de su ocurrencia** (Destacado original del texto).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 17 de junio de 2010. Radicación 68001-23-15-000-2004-00654-01. M.P.: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Actor: La Previsora S.A. Compañía de Seguros.



[...]

De todo lo expuesto se puede establecer que, aún desde antes del momento de proferirse el fallo de primera instancia que ahora es objeto de análisis, existe una posición pacífica que se impone al interior de esta Sección del Consejo de Estado, según la cual el término del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, es el de los dos (2) años contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio para la prescripción ordinaria.

Ello en consideración a que la intervención de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal se produce a título de responsabilidad civil, según las específicas condiciones bajo las cuales se celebró el contrato de seguro y con sujeción a las disposiciones de orden privado, y no a aquellas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal, propiamente dicho.

Dicho de otro modo, la vinculación del garante como tercero civilmente responsable proviene exclusivamente del contrato de seguro, tratándose entonces de una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado. Siendo así, al vincular a una aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, la Contraloría General de la República actúa en virtud de su facultad de vigilar la gestión fiscal de servidores públicos, particulares o entidades encargadas de manejar los recursos públicos, de manera que funge como un interesado.

De esa forma, es claro que no resulta aplicable la prescripción extraordinaria de cinco (5) años prevista en el inciso tercero del artículo 1081 del Código de Comercio, modalidad que se caracteriza por un criterio objetivo, en tanto prescinde de la condición de quien ejerce la acción, así como del conocimiento real o presunto sobre la ocurrencia del siniestro³⁵. Así se desprende del contenido del precepto, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...]

*Por otro lado, y en lo que tiene que ver con el segundo motivo de inconformidad de la apelante, es necesario subrayar que, en las providencias arriba referidas, esta Sección fue igualmente consistente en considerar que **dentro de los dos (2) años definidos en el artículo 1081 del Código de Comercio debe expedirse el acto administrativo por el cual se declara la responsabilidad civil de la aseguradora.** Sobre el particular, en la sentencia de 17 de junio de 2010 se expuso:*

*[...] Consiguientemente, tal como lo advierte el a quo, el término de dos (2) años previsto en la norma transcrita para la prescripción ordinaria, empezó a correr para la Contraloría General de la República a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que bien puede tenerse como tal el 13 de marzo de 2000, **fecha del auto de apertura de investigación fiscal**, por lo cual los dos años corrieron desde entonces hasta el 13 de marzo del 2002 (Destacado original del texto).*

[...]

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-272 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.



En en similar sentido, en la sentencia de 10 de septiembre de 2015 esta Sección señaló lo siguiente al resolver el caso puesto a su consideración:

[...] Según lo reseñado en precedencia, el término de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del C.Co. para que opere la prescripción ordinaria, **empezó a correr para la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que ésta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que en el presente caso aconteció el 19 de julio de 2000 cuando se abrió formalmente la investigación fiscal** en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A. por lo que los dos años corrieron desde dicha fecha hasta el 19 de julio de 2002 (Destacado fuera de texto).

En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de 2004, resulta evidente que se expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo (el resaltado no es original) [...].

Más recientemente, en sentencia de 11 de octubre de 2019, con radicación 25000-23-24-000-2007-00459-02³⁶, esta Sección precisó que, de acuerdo con sus anteriores pronunciamientos, valga decir, los que se vienen refiriendo en esta providencia, el término de los dos años de la prescripción ordinaria señalada en el artículo 1081 del Código de Comercio solo se interrumpe cuando el acto administrativo expedido por la Contraloría General de la República, o las contralorías distritales, departamentales o municipales, **que ordena la efectividad de la garantía, cobra firmeza dentro de dicho lapso.** En ese sentido, en la providencia se sostuvo (destacado fuera de texto):

[...] En efecto, reiteró [la Sección Primera del Consejo de Estado] que debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro, **determinando que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada mediante un contrato de seguro, debe expedirse, notificarse y quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado [...]** (Destacado original del texto).

Es pertinente precisar que los referidos pronunciamientos resultan aplicables cuando la vinculación de pólizas de seguro a los procesos de responsabilidad fiscal ha tenido ocurrencia con anterioridad a la Ley 1474 de 2011, pues, a partir de su vigencia, y por virtud de lo dispuesto en su artículo 120, «[l]as pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable,

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Radicación 25000-23-24-000-2007-00459-02. M.P.: Hernando Sánchez Sánchez. Actor: Seguros Alfa S.A.



prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000», es decir, se aplica el mismo término de prescripción de cinco (5) años previsto para la declaración de responsabilidad fiscal.

[...]

Los hechos constitutivos del siniestro, esto es, los hallazgos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal adelantado contra funcionarios del Banco del Estado, sucedieron entre el 17 de septiembre de 1997 y febrero de 1998, estando vigente la póliza global bancaria No. 124322.

Tal como lo señaló el juez colegiado de primera instancia, del expediente administrativo se desprende que el ente de control profirió el auto de apertura de investigación fiscal el 30 de noviembre de 1999.

Para la Contraloría General de la República, el término de la prescripción ordinaria para declarar civilmente responsable a la Aseguradora Colseguros S.A. mediante providencia en firme empezó a correr a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, esto es, 30 de noviembre de 1999, cuando expidió el auto de apertura de investigación fiscal No. 1164. En consecuencia, dicho término venció el 30 de noviembre de 2001 [...]” (Destacado fuera de texto).

55. Esta Sala, siguiendo su posición jurisprudencial pacífica y reiterada sobre cómo se materializa, respecto de los contratos de seguro, la prescripción de 2 años contenida en el Código de Comercio, en el expediente observa la siguiente:

i) Que algunos ciudadanos del Municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba, presentaron ante la Contraloría General de la República una queja de la que no existe prueba dentro del expediente, por medio de la cual informaron sobre la existencia de unas presuntas inconsistencias en la ejecución y cumplimiento del Convenio Interadministrativo núm. 005 de 2008.

ii) La Contraloría General de la República, mediante el Oficio núm. 2010EE63072 O de 13 de septiembre de 2010³⁷, remitió, por competencia, a la Contraloría General del Departamento de Córdoba, la queja con el fin de que allí se iniciaran las investigaciones a que hubiera lugar; para tal efecto, manifestó que le había informado a la comunidad de Montelíbano: “[...] *que en lo sucesivo la facultad para proferir la respuesta a su solicitud, así como para adelantar las demás acciones a que haya lugar, serán competencia de su despacho [...]”*.

³⁷ Folio 292 del cuaderno núm. 1 del expediente.



iii) La Contraloría General del Departamento de Córdoba avocó conocimiento y por medio de auto de 10 de marzo de 2011, notificado por edicto fijado el 18 de abril de 2011, ordenó abrir proceso de responsabilidad fiscal en contra de del Alcalde de Montelíbano y el representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge; además, vinculó “[...] **como tercero civilmente responsable a la aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. [...]**” (Destacado fuera de texto).

iv) La parte demandante, no obstante que fue citada mediante el Oficio núm. 763 de 16 de marzo de 2011³⁸, con el fin de que se notificara de manera personal del auto de apertura del procedimiento de responsabilidad fiscal, no ejerció su derecho a la defensa.

v) La póliza de cumplimiento núm. 21675, estuvo vigente durante 16 meses, esto es, entre el 14 de noviembre de 2008 y el 14 de marzo de 2010, época dentro de la cual se presentaron las inconsistencias investigadas; sin embargo, contractualmente la Asociación de Municipios de San Jorge y la parte demandante dispusieron que el riesgo por anticipo estaba amparado hasta el 14 de marzo de 2010, mientras que el cumplimiento del contrato estaría amparado hasta el 15 de mayo de 2010; es decir, la vigencia de los amparos operaban para fechas diferentes.

vi) Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado *supra*, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó

³⁸ Folio 33 del cuaderno núm. 1 del expediente.



mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011³⁹, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar.

Segundo cargo: *Inexistencia de obligación contractual a cargo de la parte demandante*

56. La parte demandante insistió, en el recurso de apelación, en que no existe ninguna obligación contractual a su cargo; lo anterior, desde dos puntos de vista: i) de los sujetos vinculados al procedimiento de responsabilidad fiscal porque la Asociación de Municipios de San Jorge, tomadora del seguro, no fue condenada; y ii) la naturaleza de los riesgos afianzados porque las obligaciones del tercero civilmente responsable estaban sujetas a las estipulaciones mercantiles que regulan el contrato de seguro y a las contractuales que justifican su citación al proceso.

57. Adujo que la conducta que investigó la parte demandada obedeció a una gestión fiscal inadecuada, la que no fue objeto de afianzamiento; en consecuencia, “[...] *no tiene sustento legal ni contractual imponer una obligación indemnizatoria, con cargo a un contrato de seguro que NINGUNA COBERTURA OTORGA A LA CONDUCTA OBJETO DE CONDENA EN EL PROCESO FISCAL [...]*”.

58. Explicó que la gestión fiscal inadecuada, en principio, se afianza en un contrato de seguro de manejo, pero nunca por contratos de seguro de cumplimiento como el tomado por la Asociación de Municipios de San Jorge; de manera que fue arbitrario que el ente de control haya afectado la póliza como si en el contrato existiera cobertura para el riesgo investigado; de ahí que el *a quo* se haya equivocado al indicar que “[...] *en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.º del Decreto 4828 de 2008, cualquier daño con ocasión del contrato es afianzado, desconociendo de forma absoluta las condiciones contractuales [...]*”.

59. Recalcó que el contrato amparaba cuatro riesgos; en consecuencia, es evidente que se violó el principio de legalidad al imponerse a la parte demandante

³⁹ Folios 138 a 140 del cuaderno núm. 1 del expediente.



una obligación sin fundamento contractual y legal; transgresión que avaló el Tribunal de la primera instancia violando de manera directa la ley “[...] *al no estimar las estipulaciones contractuales que establecen los riesgos cubiertos y las exclusiones [...]*”.

60. Aseguró que “[...] *la decisión carece de una motivación probatoria y sustancial que establezca la responsabilidad del asegurador como tercero civilmente responsable. Ni los actos administrativos acusados, ni la sentencia de primera instancia, explican cómo se deduce la responsabilidad contractual de la compañía de seguros, se limita a describir los amparos de la póliza de cumplimiento, modificaciones y vigencias, para acto seguido, en la parte resolutive, hacer caso omiso de la clasificación y diferencias puestas de presente para simplemente sumar todos los amparos del contrato [...]*”.

61. La Sala, para resolver este punto de la apelación, empieza por aclarar que, conforme a las pruebas aportadas al proceso, el contrato de seguros sí establecía dos obligaciones contractuales a cargo de Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. perfectamente determinables en relación con el convenio interadministrativo núm. 005 de 2008; la primera, relacionada con los anticipos entregados por el Municipio de Montelíbano a la Asociación de Municipios de San Jorge; y la segunda, consistente en la responsabilidad que surgiera del incumplimiento del contrato citado *supra*.

62. Ahora bien, se equivoca la parte demandante cuando manifiesta que desde el punto de vista de los sujetos condenados no existía responsabilidad, toda vez que la tomadora del seguro no fue condenada a ningún pago; es decir, que a quien se le atribuyó responsabilidad fiscal fue al representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge como persona natural; lo anterior, porque era incuestionable que la parte demandada vinculara la citada asociación a través de su representante legal por ser él, el responsable de los manejos de los recursos públicos en representación de la persona jurídica.

63. Véase como, el señor Jorge Luis Madrid Novoa, fue quien suscribió el convenio interadministrativo núm. 005 de 2008, en calidad de representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge; entonces, era él quien debía



acudir a la defensa de los derechos de su representada en el procedimiento de responsabilidad fiscal; entender algo distinto, implicaría que ninguna póliza de garantía tomada por una persona jurídica podría ser afectada atendiendo a que la defensa de aquella se ejerció por su representante legal.

64. La Sala considera que la parte demandante no puede desconocer que en el auto por medio del cual se imputó responsabilidad fiscal, se señaló que el señor Madrid Novoa lo era en calidad de representante legal de la Asociación de Municipios de San Jorge; es decir, de la contratista; y si bien en la parte resolutive del fallo con responsabilidad fiscal, pareciera que la responsabilidad atribuida lo fue en calidad de persona natural, lo cierto es que, en específico, los hechos investigados surgieron por el incumplimiento contractual por parte de la asociación citada *supra*; en consecuencia, mal se haría en predicar que, por un tecnicismo, no era posible afectar la póliza porque la parte demandante manifestó que fallaba con responsabilidad fiscal en contra de “[...] *JORGE LUIS MADRID NOVOA, Representante Legal de ASOSANJORGE [...]*”.

65. Para la Sala, en cuanto a que está claro que la conducta que investigó la parte demandada obedeció a una gestión fiscal inadecuada; la que no se encontraba afianzada por la parte demandante; debe señalar que ello no es así; en efecto, como ya se manifestó en el párrafo 48.3 de esta providencia, la parte demandada investigó diferentes conductas, entre ellas el incumplimiento del contrato por parte de la Asociación de Municipios de San Jorge; por ello, en este punto, en el auto de imputación de responsabilidad fiscal, concluyó que lo sucedido era responsabilidad, entre otros, del representante legal de la contratista Asociación de Municipios de San Jorge, por haber incumplido la ejecución de las obras contenidas en el Convenio Interadministrativo núm. 005 de 2008; convenio garantizado mediante la póliza de cumplimiento núm. 21675, lo que dio “[...] **origen a la vinculación como tercero civilmente responsable al proceso de la aseguradora Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A. [...]**” (Destacado fuera de texto).

66. Esta Sala, de conformidad con lo anterior y como lo acepta la parte demandante, tanto los anticipos como el incumplimiento del contrato se encontraban dentro de los afianzamientos de la póliza; en consecuencia, no se



observa de qué manera la parte demandada desconoció las estipulaciones contractuales que de manera libre y voluntaria suscribieron la responsable fiscal y Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S.A., quien sin dubitación debía ser vinculada al procedimiento de responsabilidad fiscal como tercero civilmente responsable, por ser quien expidió la póliza a favor del Municipio de Montelíbano.

67. La Sala, con fundamento en la jurisprudencia transcrita en párrafos precedentes, llama la atención en que la aseguradora no es responsable fiscal y que su llamamiento al procedimiento de responsabilidad se hace en calidad de garante de las obligaciones contractuales adquiridas por la Asociación de Municipios de San Jorge con el Municipio de Montelíbano; así las cosas, no era indispensable que el *a quo* o la parte demandada establecieran su responsabilidad en los hechos que dieron origen al proceso, como parece interpretarlo; esto, porque dicha responsabilidad se tenía que determinar respecto del tomador del seguro y, en este caso, está acreditado el incumplimiento del convenio interadministrativo por parte de la Asociación de Municipios de San Jorge quien no finalizó la obras ni ejecutó la totalidad de los recursos públicos que se le entregaron, con lo cual activó las competencias de la parte demandada para hacer efectiva la póliza de garantía de cumplimiento.

Tercer cargo: Desconocimiento de las condiciones contractuales para hacer efectiva la póliza - Improcedencia de la indexación

68. Resaltó la parte demandante que, si eventualmente el Municipio de Montelíbano, pretendía hacer efectiva la garantía, debió cumplir con las condiciones contractuales para el pago del siniestro, acreditando con certeza su ocurrencia.

69. Cuestionó que el Tribunal de la primera instancia no advirtiera que si bien mediante la Resolución núm. 1352 de 2011, se declaró el incumplimiento del contrato; en aquel no dio una motivación adecuada que permitiera acreditar la ocurrencia del siniestro; esto, porque en el acto administrativo no se precisaron, con suficiencia, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que llevaron a declarar el incumplimiento.



70. Aceptó que el contrato de seguro cubría los perjuicios sufridos con ocasión de la no inversión del anticipo; el uso indebido del anticipo; y la apropiación indebida del anticipo por el contratista; situaciones de las cuales no existe prueba que se hayan materializado.

71. Expresó que la parte demandada se extralimitó en sus funciones porque “[...] *en lugar de analizar la conducta de los sujetos investigados con miras a verificar una inadecuada gestión fiscal en su proceder que afectara el patrimonio y/o las arcas de la Administración Municipal de Montelíbano, investigó, se pronunció y, vía fallo fiscal, declaró el incumplimiento del contrato estatal, y ordenó hacer efectivas unas garantías contractuales [...]*”.

72. Insistió que, además de lo anterior, no procedía la indexación porque se desconoció la diferencia entre obligación de valor y obligación dineraria; siendo la primera la única pasible de ser actualizada en el tiempo para contrarrestar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

73. Esta Sala, debe insistir que la vinculación de las aseguradoras a los procedimientos de responsabilidad fiscal no se hace a título de responsable fiscal sino civil; de ahí la competencia de las contralorías para vincularlas y afectar la póliza sin necesidad de que previamente se haya declarado, por la autoridad administrativa asegurada, mediante la expedición de un acto administrativo, el siniestro.

74. La Sala, como lo expuso en la transcripción de jurisprudencia realizada en esta providencia, reitera en que “[...] *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 [...]*”; sin embargo, “[...] ***ante la omisión del contratante, [...] 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 [...]”
(Destacado fuera de texto).

75. Esta Sala, de acuerdo con lo anterior, independientemente de que el Municipio de Montelíbano no haya iniciado el procedimiento administrativo señalado en las cláusulas 7ª y 9ª del contrato de seguro tendiente a hacer efectiva la póliza núm. 21675, no considera contrario a derecho que la Contraloría General del Departamento de Córdoba haya declarado la responsabilidad fiscal y afectado aquella, porque como quedó visto, legalmente estaba facultada para tal efecto; lo anterior, incluso se reafirma en el hecho de que, con posterioridad a haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad fiscal, se acreditó dentro de este la expedición de la Resolución núm. 1352 de 13 de mayo de 2001, por medio de la cual la entidad territorial declaró que la Asociación de Municipios de San Jorge incumplió el contrato interadministrativo núm. 005 de 2008, determinando que los perjuicios sufridos por el municipio ascendían a la suma de \$1.547'814.917.

76. Para la Sala, no se puede pasar de vista que la Sección Primera del Consejo de Estado, en esta materia, ha dejado claro que “[...] ***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 [...]”*** (Destacado fuera de texto).

77. La Sala, de otra parte, observa que, bajo ningún criterio la parte demandada declaró el incumplimiento del convenio interadministrativo núm. 005 de 2008; distinto es que, para determinar las responsabilidades de los gestores fiscales investigados, debiera determinar si el contrato se había incumplido; en concreto, para esta Sala era ineludible que la Contraloría General del Departamento de Córdoba verificara la materialización de los riesgos afianzados porque de no haberlo hecho le era imposible establecer: i) la configuración del siniestro; ii) la existencia de responsabilidad fiscal; y iii) la necesidad de afectar la póliza de garantía de cumplimiento, como en efecto sucedió.

78. La Sala, respecto a que no procedía la indexación de la suma por la cual se emitió el fallo de responsabilidad fiscal, considera pertinente referirse a la



sentencia núm. 832 de 18 de mayo de 2005, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente con número de radicado núm. 0832-01, con ponencia del Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en la que manifestó:

“[...] a) El fundamento de la corrección monetaria y su proyección general en el contrato de seguro:

Es criterio decantado, con arreglo a moderna y acerada doctrina, que la corrección monetaria, en sí misma considerada, no constituye un factor adicional del daño, como en el pasado se sostuvo por un sector de la jurisprudencia —incluida la colombiana— y la dogmática del ramo (daño emergente), toda vez que ella, en estrictez, no es más que lo que denota su significado semántico: la mera actualización de una determinada suma de dinero, sin que ese ajuste, per se, entrañe alteración o mutación objetiva del quantum primigenio, pues la operación de indexar conduce, necesariamente, a una cifra que equivale cualitativamente al monto que se indexa, en cuanto reconstruye o restaura la capacidad adquisitiva del dinero, la que se puede ver minada por el transcurso implacable del tiempo, sobre todo en economías sometidas a un proceso sostenido de carácter inflacionario.

Desde esta perspectiva, resulta adamantino que la corrección monetaria no se compagina con la arquitectura indemnizatoria que, ab antique, es propia de la responsabilidad civil, sea ella contractual o extracontractual, pues su propósito es uno muy otro al de reparar el daño causado por el infractor. Con ella, tan solo se pretende preservar incólume el poder adquisitivo del dinero, sin agregarle nada a la obligación misma, lo que significa que, en puridad, la indexación es un concepto que se ubica en la periferia de aquella problemática. En palabras de la doctrina especializada, acogida por esta Corte en las postrimerías de la pasada centuria, “No estamos aquí frente a un problema de responsabilidad civil sino que, por el contrario, nos hallamos en la órbita del derecho monetario, en donde la indexación se produce en razón de haber perdido la moneda poder adquisitivo. ¡Solo eso, y nada más que eso!”.

*Sobre este mismo particular, ha precisado la Sala que si “la labor de interpretación y aplicación de la ley a cargo del juzgador solamente rinde verdaderos frutos, cumpliendo a cabalidad su cometido, cuando lo conducen a decisiones razonables y justas, es decir, cuando hace de la ley un instrumento de justicia y equidad, tornase forzoso sentar que, justamente, ante la ausencia de norma expresa que prohíje la corrección monetaria en nuestra legislación y dado que la inestabilidad económica del país y el creciente deterioro del poder adquisitivo del dinero son circunstancias reales y tangibles que no pueden pasar desapercibidas al juez a la hora de aplicar los preceptos legales que adoptan como regla general en la materia, el principio nominalista, el cual, de ser aplicado ciegamente conduciría a graves e irreparables iniquidades, ha concluido la Corte, que **ineludibles criterios de justicia y equidad imponen condenar al deudor a pagar en ciertos casos, la deuda con corrección monetaria**” (se resalta; G.J. t. CCLXI, Vol. I, 280). Es por ello por lo que esa “recomposición económica lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la*



llamada ‘corrección monetaria’ (G.J., ts. CLXXXIV, pág. 25, y CC pág. 20), es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria **sin agregarle por lo tanto, a esta última, nada equiparable a una sanción o un resarcimiento** (Cas. Civil, jun. 8/99; Exp. 5127)”, lo que quiere significar que **“el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obediencia, insístese, a principios más elevados como el de la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales”, ya que “la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía”** (se resalta; Cas. Civil, sep. 9/99; Exp. 5005; Vid: Cas. Civil, jun. 28/2000; Exp. 5348).

Por consiguiente, al amparo de esta justiciera y novísima concepción, es necesario concluir que si la corrección monetaria no constituye un arquetípico daño —como antes expresa y categóricamente se le entendió por un sector de la doctrina y por la propia jurisprudencia—, **nada le agrega al concepto de perjuicio indemnizable**, razón por la cual, la circunstancia de ajustar monetariamente la suma que el tercero responsable debe cancelar al asegurador, tan solo cumple el propósito de preservar, en su cabal y recta extensión, el poder adquisitivo de la moneda y, por reflejo, la capacidad liberatoria insita en los signos monetarios de curso forzoso (valor puramente intrínseco), todo con meridiano apoyo en la equidad, **en atención a que el daño, como tal, sigue siendo el mismo (unicidad del perjuicio), sin que, por tanto, se hubiere alterado un ápice**. En tal supuesto, entonces, la compañía de seguros no recibirá un peso más del que en su momento pagó al asegurado, pero tampoco un peso menos, lo que clara y objetivamente supone equilibrio, esto es, armonía y no desequilibrio o inarmonía, situaciones estas que no deben campear en un Estado social de derecho, como forma de organización política adoptada en la Constitución de 1991 (art. 1º). En palabras de A. Favré y G. Courtieu, el asegurador tiene derecho “nada más que a la indemnización pagada, pero a toda la indemnización”⁽²⁾, entre otras razones, en virtud del axioma de la plenitud del pago, ya esbozado por esta colegiatura.

De allí que no pueda afirmarse, con acierto, que con el reconocimiento de la corrección monetaria se está cancelando, a manera de plus, un perjuicio adicional o complementario del que fue resarcido por el asegurador al asegurado, en cumplimiento del contrato de seguro, o que esa indexación, de ser admitida, comportaría un paladino enriquecimiento en cabeza del peticionario de la actualización, en este caso de la compañía de seguros, pues la indexación, per se, desde la perspectiva en comentario, no quita ni agrega daño. Hay pues que preconizar que el ajuste monetario, tratándose del perjuicio indemnizado, es incoloro; simplemente coloca las cosas en su justa medida cualitativa, sin adicionar, pero tampoco sin restar, operaciones estas que no hacen —ni deben hacer— presencia de cara a la corrección o ajuste monetario, cuyo norte es muy otro, como se puntualizó. Al fin y al cabo, su misión es típicamente restaurativa, no expansiva, stricto sensu, como se indicó [...]” (Destacado fuera de texto).

79. La Sala pone de presente este pronunciamiento porque si la indexación opera en favor de las aseguradoras, con ocasión de las sumas que aquellas pagan como consecuencia de un siniestro; más aún opera a favor de quienes son beneficiarios



del contrato de seguros en virtud del principio de equidad y en aplicación del derecho a la igualdad; es decir, de la aseguradora al asegurado.

80. Para la Sala, la anterior conclusión encuentra sustento en el ordenamiento jurídico, concretamente y como se manifestó en el párrafo 45 de esta providencia, en el artículo 53 la Ley 610 de 2000, disposición que es diáfana en indicar que, “[...] **Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes [...]**” (Destacado fuera de texto).

81. La Sala, atendiendo la ley y lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, determina que la Contraloría General del Departamento de Córdoba no violó norma alguna cuando estableció que la suma por la cual encontró acreditada la responsabilidad fiscal, se debía indexar con cargo a la póliza núm. 21675; garantía que, como se expuso en párrafos precedentes, sí afianzaba los anticipos, entre otras circunstancias por su no inversión; así como el cumplimiento del convenio interadministrativo núm. 005 de 2008

Conclusiones de la Sala

82. En suma, atendiendo a que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, la Sala **confirmará** la sentencia proferida, en primera instancia, el 26 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

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,

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida, en primera instancia, el 26 de junio de 2019 por el Tribunal Administrativo del Departamento del Archipiélago de



San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

(Firmado electrónicamente)
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente
Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

(Firmado electrónicamente)
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado