

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Solo se debe demandar el acto principal sin incluir los actos que resuelven los recursos / RECTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES – No hay falencia por no demandar el acto que resuelve el recurso de reposición / FALLO INHIBITORIO - Imprudencia

Sin embargo, la Sala da cuenta que en el expediente reposa el Auto de 20 de septiembre de 2005 proferido por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C., por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 11 de agosto de 2005, y el cual no fue demandado por la parte actora ante esta Jurisdicción. Al respecto, no sobra anotar que en tratándose de los procesos adelantados en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, como es el sub examine, esta Sección ha señalado reiteradamente que en el supuesto en que no sea demandado el acto por el que se resuelve el recurso de reposición se presenta una falencia en la individualización de las pretensiones en desconocimiento del artículo 138 del C.C.A., que genera el proferimiento de un fallo inhibitorio. Pues bien, sea esta la oportunidad para precisar que en la litis bajo examen, tal omisión procesal no acarrea la consecuencia anotada por cuanto frente al proceso de responsabilidad fiscal existe norma especial que ordena demandar ante esta Jurisdicción solamente el acto con el cual termina el proceso una vez éste se encuentre en firme; de forma tal que para los procesos de tal naturaleza no resulta en modo alguno necesario incluir la Resolución concerniente al recurso de reposición dentro de las peticiones de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 59

NOTA DE RELATORIA: Sobre fallo inhibitorio por indebida individualización de las pretensiones sentencias Consejo de Estado, Sección Primera de 29 de agosto de 2013, Rad. 2003-00458, MP. Guillermo Vargas Ayala; 4 de abril de 2013, Rad. 2007-00179, MP. María Elizabeth García y 9 de agosto de 2012, Rad. 2003-00237, MP. Marco Antonio Velilla.

NOTA DE RELATORIA: Se rectifica la posición adoptada en la sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 17 de julio de 2008, Rad 2001-00310, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – La vinculación de garante es a título de responsabilidad civil y no fiscal / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN - Derivada de contrato de seguros. Aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio / VINCULACIÓN DE GARANTE A PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL - No es acción ejecutiva o de cobro coactivo / COMPAÑÍA DE SEGUROS - Garante del cumplimiento de contrato estatal. Vinculación como tercero civilmente responsable en proceso de responsabilidad fiscal / CONTRATO ESTATAL - Debe estar amparado por una póliza de seguros / SINIESTRO – Declaratoria de caducidad del contrato

Es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal... Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 ibídem para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de

derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso. Vale la pena transcribir lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 610 del 2000 a fin de clarificar la condición en que la compañía aseguradora es vinculada por el ente de control fiscal... Así, en el presente caso, es claro que el siniestro fue reconocido formalmente por la entidad contratante, Secretaría de Educación Distrital, como le correspondía hacerlo según se indicó en la jurisprudencia en cita, y por disponer el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 que aquel consiste en la declaratoria de la caducidad, tal como sucedió en el sub lite. Ahora, esta norma es de innegable aplicación por haberse generado el perjuicio patrimonial en el marco de un contrato estatal incumplido y garantizado por la parte demandante... Ahora bien, obra en el expediente que la caducidad del contrato se declaró mediante la Resolución 790 de 1º de marzo de 1999, confirmada por la Resolución 1730 de 4 de junio de 1999, y ejecutoriada el 30 de junio de 1999, según certificación emitida por la Secretaría de Educación Distrital. Por su parte, al expedirse el fallo de responsabilidad fiscal que declaró a la Aseguradora como civilmente responsable y que configura el título ejecutivo para el posterior cobro de la póliza, el 26 de abril de 2005, con notificación del Auto de 30 de junio de 2005, con el que culminó la vía gubernativa, el 12 de diciembre de 2005; no cabe duda de que aquella prescribió pues había transcurrido un término incluso mayor al de los 5 años que prevé el artículo 1081 del C. de Co., desde la ocurrencia del siniestro, como acertadamente concluyó el a quo.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 9 / LEY 610 DE 2000 – ARTICULO 44 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1072 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1081 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 18

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la sentencia Consejo de Estado Sección Primera de 18 de marzo de 2010, Rad. 2004-00529, MP. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00428-01

Actor: CONDOR S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS

Demandado: CONTRALORIA DE BOGOTA D.C.

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Contraloría de Bogotá, mediante apoderada, presentó ante esta Corporación, recurso de apelación contra la Sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca del 25 de marzo de 2010, en la que se dispuso declarar la nulidad del fallo de responsabilidad fiscal 036 de 26 de abril de 2005, del auto de 11 de agosto de 2005 y del auto de 30 de noviembre de 2005, en demanda instaurada en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo¹ y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1.- La Sociedad Cóndor S.A., Compañía de Seguros Generales, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., instauró demanda contra los siguientes actos administrativos: (i) El fallo de responsabilidad fiscal No. 036 de 26 de abril de 2005; (ii) El auto por el cual se corrige el fallo, de 11 de agosto de 2005; (iii) El auto de 30 de noviembre de 2005, por el que se resuelve un recurso de apelación, todos expedidos por la Contraloría de Bogotá D.C.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Contraloría de Bogotá la restitución a favor de Cóndor S.A., de la suma que se vea obligada a pagar la Aseguradora como consecuencia del fallo y autos cuya nulidad se solicita, más intereses; suma que debe ser actualizada a valor presente.

Como pretensión subsidiaria, solicita modificar el fallo de responsabilidad fiscal en el sentido de limitar la obligación de la aseguradora Cóndor S.A. por la póliza 2251489 determinado por el amparo de manejo de anticipo en cuantía de \$92.128.773.57 correspondiente al monto no amortizado por el contratista.

¹ Decreto 01 de 1984.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1. La Sociedad actora expidió la póliza de cumplimiento No. 2251489, certificado No. 236447, cuya vigencia estaba comprendida entre el 23 de marzo de 1998 y el 16 de junio de 1999, con un valor asegurado por el amparo de cumplimiento de \$62.920.000; y con vigencia desde el 23 de marzo de 1998 hasta el 15 de junio para el amparo de buen manejo de anticipo de \$157.300.000; todo con el fin de afianzar el contrato No. 404 del 12 de septiembre de 1997, suscrito entre la firma Gustavo Muñoz y Cía S.C.A. y la Secretaría de Educación Distrital, cuyo objeto consistía en la construcción del Centro Educativo Distrital Fabio Lozano Simonelli.

1.2.2. Mediante Resolución No. 790 de 1º de marzo de 1999, la Secretaría de Educación Distrital declaró la caducidad del contrato NO. 404 de 1997 y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 2251489, certificado 236447, con lo cual afectó los amparos de buen manejo del anticipo en la suma de \$157.300.000 y de cumplimiento en cuantía de \$62.920.000, acto éste que también ordenó amortizar del anticipo la suma de \$92.128.773,57.

1.2.3. Los actos administrativos que declararon la caducidad y adoptaron la liquidación fueron demandados a través de la acción contractual ante la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

1.2.4. Mediante el auto 85 de 3 de abril de 2001, la Contraloría de Bogotá D.C. avocó conocimiento y dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal No. 36100, con fundamento en la existencia de presuntas obras inconclusas.

1.2.5. El proceso de responsabilidad culminó con el fallo de responsabilidad fiscal No. 036 de 26 de abril de 2005 proferido por la Contraloría de Bogotá, a través del cual se declaró la responsabilidad fiscal de la firma Gustavo Muñoz y Cía S.C.A., y de su garante la sociedad Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

1.2.6. Mediante auto de 11 de agosto de 2005, la Contraloría de Bogotá D.C. corrigió el fallo de responsabilidad fiscal en el sentido de establecer cuáles amparos resultaban afectados con dicha decisión.

1.2.7. Contra la anterior decisión fue presentado el recurso de reposición y en subsidio de apelación, éste último resuelto a través de auto de 30 de noviembre de 2005.

1.3. Las normas que invoca como violadas son las siguientes:

- Constitución Política, artículos 6 y 29;
- Código de Comercio, artículos 1054, 1056, 1077 y 1081;
- Código de Procedimiento Civil, artículos 310 y 311;
- Código Contencioso Administrativo, artículos 69, 73 y 267;
- Ley 610 del 2000, artículos 1, 3, 22, 41, 44, 48, 52 y 53.

1.4. El concepto de violación, se expone, en síntesis, así:

1.4.1. Improcedencia de la revocación de un acto particular y concreto.

Manifiesta que en el presente caso no era procedente la aplicación del artículo 73 inciso 3º del C.C.A., pues la actuación surtida mediante el auto de 11 de agosto de 2005 no se limitó a corregir un error aritmético sino a la determinación concreta de

la responsabilidad fiscal de la aseguradora al establecer cuáles amparos y en qué cuantía resultaban afectados con la decisión de la Contraloría.

Explica que en el fallo No. 036 de 26 de abril de 2005 no hubo pronunciamiento de fondo acerca de la responsabilidad fiscal de la Sociedad Cóndor S.A., y por tanto al proferirse los autos de 11 de agosto y 30 de noviembre se desconoció la situación jurídica ya consolidada de dicha sociedad, pues estos atañen al fondo y no a un simple error aritmético, según pretendió hacerlo ver la entidad demandada. De ahí que se hubiere transgredido lo dispuesto en los artículos 69 a 73 del C.C.A.

1.4.2. Ilegalidad del auto por el cual se corrige un fallo al expedirse por fuera de la competencia temporal de la Contraloría de Bogotá.

Indica que ni la ley 610 del 2000 ni el C.C.A. regulan lo concerniente a la adición de actos administrativos cuando la decisión tiene que ver con el fondo del asunto y el artículo 73 del C.C.A. sólo se refiere a la existencia de errores aritméticos. De ahí que deba aplicarse lo previsto en el artículo 311 del C. de P.C., según el cual los autos sólo podrán adicionarse de oficio o a petición de parte dentro del término de ejecutoria de la respectiva providencia; y por tanto, como los puntos contenidos en el auto de 11 de agosto de 2005 tenían que ver con el fondo del asunto, la Contraloría de Bogotá actuó por fuera del límite temporal otorgado por el ordenamiento jurídico para el efecto. Agrega que no puede tomarse como fundamento válido lo previsto en el artículo 311 del C. de P. C., tal como lo hizo la Entidad demandada.

1.4.3. Responsabilidad de Cóndor S.A. en cuanto a los amparos otorgados por la póliza de cumplimiento.

Alega que la responsabilidad de la aseguradora ha de limitarse exclusivamente a los parámetros y condiciones previstas en la póliza.

Explica que por tratarse de una póliza de cumplimiento los riegos amparados son el de cumplimiento y el de anticipo en cuanto tiene que ver con la firma Gustavo Muñoz y Cia S.C.A. dentro del contrato No. 404 de 1997, suscrito con la Secretaría de Educación Distrital.

Precisa que en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal se indica que el origen de este correspondió a la inejecución del contrato No. 404 de 1997; sin embargo, la Secretaría de Educación Distrital ya había hecho efectiva la póliza referida en cuanto tiene que ver con el amparo del manejo del anticipo. Así y como el proceso de responsabilidad fiscal se fundó en un supuesto faltante de obra, advierte que la Secretaría de Educación ya había hecho efectiva la póliza a través de la expedición del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato e hizo efectivos los amparos de cumplimiento y de manejo del anticipo.

En consecuencia, dado que ya había sido efectiva la póliza No. 2251489, no resultaba viable volver a hacerla efectiva por vía de un proceso de responsabilidad fiscal, máxime si se tiene en cuenta que los actos del contratista no implicaron el ejercicio de gestión fiscal, sino un hecho de incumplimiento contractual.

1.4.4. Prescripción de seguros.

Sostiene que la Secretaría de Educación Distrital, a través de la expedición de la resolución No. 790 de 1º de marzo de 1999 hizo efectiva la póliza constituida por la firma Gustavo Muñoz y Cia S.C.A. y confirmó tal decisión mediante la Resolución No. 1563 de 4 de junio del mismo año. Por consiguiente, a partir de

aquella fecha empezó a correr para la Contraloría de Bogotá el término de cualquier acción derivada del contrato de seguro, el cual venció el 1º de marzo de 2004, fecha en la que ni siquiera había sido expedido el fallo de responsabilidad fiscal.

1.4.5. Vicios en la vinculación de la aseguradora.

Arguye que de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, la vinculación de la aseguradora debía surtirse mediante la comunicación del auto de apertura del proceso a su representante legal o apoderado con la indicación del motivo de procedencia de dicha vinculación, entre otros requisitos que no fueron observados por cuanto dicho auto tampoco contiene una determinación del daño patrimonial al Estado ni estimación de su cuantía, sino que apenas hace referencia a la inejecución del contrato No. 404 de 1997.

1.4.6. Falta de competencia de la Contraloría de Bogotá para declarar un incumplimiento contractual.

Afirma que de acuerdo con la Constitución Política y la Ley 610 del 2000, la competencia para tramitar procesos de responsabilidad fiscal corresponde a la Contraloría de Bogotá, pero no para declarar un incumplimiento contractual, el cual compete a la administración o a la jurisdicción contencioso administrativa.

1.5. La Contraloría de Bogotá, mediante apoderada, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

1.5.1. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa para formular la demanda, argumentando que los actos administrativos acusados no comprometen

la responsabilidad de Cónдор S.A. Al efecto cita jurisprudencia de esta Corporación.

1.5.2. Hace una extensa referencia a las funciones de las contralorías y a la manera de desarrollarlas e indica que se constituyen en sujetos pasivos del control fiscal todas las personas sobre las cuales recae o se ejerce esa vigilancia fiscal en virtud de que han manejado o manejan fondos o bienes públicos.

1.5.2. Explica que en el fallo de responsabilidad fiscal demandado se determina como responsable a la firma Gustavo Muñoz y Cía S.C.A., y como entidad aseguradora a la sociedad Cónдор S.A., también se indican los números de las pólizas y se analizaron las glosas que dieron lugar a la responsabilidad del contratista, *de todo lo cual se infiere que existe una obligación clara, expresa y exigible en contra del funcionario investigado y de la Compañía aseguradora que sirvió de garante (SIC).*

Manifiesta que la Compañía de Seguros desde el punto de vista de su gestión contractual frente al Estado, no asume funciones públicas de gestión fiscal, vale decir, no es gestor fiscal para los efectos propios de la responsabilidad fiscal, por cuanto su régimen de obligaciones contractuales derivadas del contrato de seguro, está dado por las normas del Código de Comercio y por el régimen de la Ley 80 de 1993.

Acota que en el proceso de responsabilidad fiscal la Contraloría de Bogotá contaba con la facultad para llamar a la compañía de seguros como garante e incorporar la póliza correspondiente al fallo y de esta forma otorgarle el efecto de título ejecutivo, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 610 del 2000.

Asimismo, en virtud de lo previsto en dicha norma, la Sociedad Cóndor S.A., fue vinculada a la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos acusados en su calidad de garante, como tercero civilmente responsable, con los mismos derechos y facultades del principal implicado, y por tanto, tuvo oportunidad para impugnarlos tanto en la vía gubernativa como en la judicial. De ahí que no hubiere existido un vicio en la vinculación de la aseguradora.

Luego, transcribe el artículo 58 de la Ley 610 del 2000, para señalar que la actuación del ente fiscalizador es autónoma respecto de la realizada por la Secretaría de Educación Distrital en aplicación del artículo 90 de la Ley 42 de 1993.

1.5.3. Sobre la modificación del fallo de responsabilidad fiscal, aclara que la Contraloría encontró que el título ejecutivo no expresaba de manera clara y exigible la obligación allí nacida para el garante del responsable fiscalmente. Por ello, se procedió de conformidad con el último inciso del artículo 310 del C. de P.C., a adjuntar la póliza y sus anexos, los cuales ya obraban en el proceso fiscal, lo que no implica que se hubiere adicionado el fallo como señala la parte actora.

1.5.4. En cuanto a la vigencia y prescripción de la póliza, afirma que una cosa es la prescripción para reclamar la indemnización por un riesgo que cubre la póliza de seguro, y otra es la prescripción de esta misma póliza dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Reitera que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 4 de la Ley 610 del 2000, es el pago de una indemnización pecuniaria por parte de la firma Gustavo Muñoz y Cia S.C.A. que compense el daño sufrido por parte de la Secretaría de Educación Distrital. El cobro del pago de esa indemnización se

materializa con la expedición del título ejecutivo conformado por el fallo de responsabilidad fiscal y la póliza; y este cobro, no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque ésta tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia (SIC).

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante Sentencia de 25 de febrero de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la Resoluciones acusadas en lo que se refiere a la sociedad actora, con fundamento en lo siguiente:

2.1. En primer lugar, se refiere a la excepción propuesta por la Entidad demandada, para señalar que la sociedad Cóndor S.A. sí tiene legitimación en la causa para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la medida en que la decisión contenida en los actos acusados afecta en forma directa su interés particular, ya que con ella debería o no hacerse efectiva una garantía contenida en una póliza de cumplimiento por ella expedida.

2.2. Los cargos de nulidad son evaluados en el orden propuesto comenzando por el relativo a la prescripción de seguros. Al respecto, alude al artículo 1081 del C. de Co., y a varios pronunciamientos doctrinales, para señalar que con ocasión del incumplimiento del contrato No. 404 de 1997 suscrito entre la firma Gustavo Muñoz y la Secretaría de Educación Distrital esta última Entidad declaró la ocurrencia del siniestro mediante Resolución No. 790 de 1º de marzo de 1999 la cual fue recurrida y confirmada con la Resolución No. 1730 de 4 de junio del mismo mes y año, notificada por edicto desfijado el 29 de junio de 1999. A partir de esta fecha comenzaba a correr el término de prescripción a que hace

referencia el artículo 1081 del C. de Co., para hacer efectiva la póliza No. 2251489.

Explica que el siniestro fue declarado a través de un acto administrativo cuya decisión quedó ejecutoriada a partir del 30 de junio de 1999, fecha a partir de la cual empezaba para la Contraloría de Bogotá a correr el término de 5 años para ejercer cualquier acción con el propósito de hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Sin embargo, el fallo de responsabilidad fiscal fue expedido el 26 de abril de 2005 y los actos subsiguientes emitidos el 11 de agosto y el 30 de noviembre de 2005, esto es, cuando ya habían transcurrido más de 5 años, con lo cual ya había prescrito la acción derivada del contrato de seguro, conforme al artículo 1081 del C. de Co.

Advierte que el plazo de 5 años comprende no sólo la expedición y notificación del acto administrativo inicial que decida la actuación, sino también, cada una de las decisiones que resuelvan los recursos de la vía gubernativa, pues de lo contrario, la situación jurídica del administrado quedaría sin definición real y efectiva, al no estar ejecutoriados los respectivos actos. Por consiguiente, la Contraloría de Bogotá debía investigar, decidir de fondo, resolver los recursos de vía gubernativa, notificar y dejar en firme su decisión antes del término previsto en la norma citada.

2.3. Como restablecimiento del derecho ordena que la Sociedad Cóndor S.A., no está obligada a hacer efectivo el pago de la póliza No. 2251489, sin perjuicio de la obligación que le pueda asistir por motivo y/o en ejecución de otro tipo de decisiones administrativas o judiciales.

III. LA APELACIÓN

La Contraloría de Bogotá presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando, esencialmente, lo siguiente:

3.1. Improcedencia de la prescripción contenida en el artículo 1081 del C. de Co., dentro del proceso de responsabilidad fiscal.

Aun cuando indica que el artículo 1081 del C. de Co., no es aplicable al asunto, sugiere que la prescripción quinquenal o extraordinaria establecida en dicho artículo está referida a la acción de cobro de la póliza de seguros, propia del proceso de jurisdicción coactiva, por ser ésta la acción que faculta a las contralorías, para hacer efectivas las pólizas exigidas a los contratistas para amparar los riesgos que asumen en los Contratos Estatales que las exijan; y no el proceso de responsabilidad fiscal, que es el que adelantan las contralorías para investigar, esclarecer, probar y determinar la responsabilidad de los Gestores Fiscales (SIC). Agrega que esta responsabilidad administrativa debe ser esclarecida y previamente declarada contra dicho Gestor Fiscal por la Contraloría competente y, a su vez, es razón de la vinculación y condena como responsable civil en dicho proceso declarativo, no reclamativo, respecto de la compañía de seguros que expidió la póliza, y cita al efecto el artículo 44 de la Ley 610 del 2000.

Alega que la sentencia desconoce que el proceso de responsabilidad fiscal es autónomo, de acuerdo con el artículo 4 ibídem.

Sostiene que en el fallo apelado se ignora que tanto la caducidad como la prescripción de la acción de responsabilidad fiscal y el inicio y cómputo de tiempo para la extinción de esta acción está regulada expresamente para esta clase de proceso por el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

Recalca que el artículo 1081 del C. de Co., no es aplicable al caso y que el a quo también desconoció que el punto de partida para iniciar el cómputo de prescripción

de la acción de cobro de la póliza a que se refiere el artículo 1081, en caso de aceptar su aplicación, es el fallo con responsabilidad fiscal al que se integra la póliza proferido por la Contraloría respectiva debidamente ejecutoriado por mandato expreso del artículo 92 de la Ley 42 de 1993, y no el acto administrativo emitido por el ente público contratante afectado a cuyo favor se haya expedido la póliza. Repite que el Tribunal hace una indebida aplicación de la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio al proceso de responsabilidad fiscal, el cual no es asimilable a un proceso contencioso administrativo ni a la acción de reclamación que adelanta la entidad pública contratante contra el contratista incumplido y la Compañía de Seguros.

Explica que dentro del proceso de responsabilidad fiscal las Contralorías no ejercen acción ni directa ni indirecta contra el contratista que incumplió las obligaciones estipuladas en un contrato estatal y menos contra la Compañía que para amparar los riesgos asumidos en el Contrato expidió la respectiva póliza. De ahí que sólo después de que el órgano de control fiscal competente haya declarado la responsabilidad fiscal en el respectivo proceso administrativo y una vez agotada la vía gubernativa, puede proceder a iniciar la acción de reclamación contra el contratista y la aseguradora. “Pero ello implica iniciar contra ambos (contratista y Asegurador) y a favor de la entidad pública o Administradora Contratante que fue víctima del incumplimiento, un proceso de jurisdicción coactiva, el cual ni siquiera fue objeto de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho” (SIC).

Manifiesta que es el proceso de jurisdicción coactiva el mecanismo que la Constitución y la Ley le otorgó las contralorías para reclamar los daños e indemnizaciones derivados del contrato de seguros.

Precisa que es el fallo de responsabilidad fiscal del gestor fiscal cuya conducta es objeto de reproche, la condición sine qua non que posibilita a la Contraloría dar inicio a la acción de reclamación económica por cuenta de la entidad pública afectada (Secretaría de Educación Distrital) y en contra del deudor que incumplió, a fin de poder cobrar el valor del daño causado y a su agente el valor asegurado; pero ello, recalca, dentro de otro proceso que es el de jurisdicción coactiva.

Explica que el proceso de responsabilidad fiscal es un juicio de cognición declarativo cuya caducidad y prescripción se regula expresamente por el artículo 9º de la Ley 610 del 2000, sin que sea viable aplicar la prescripción del artículo 1081 del C. de Co., en ninguna de sus modalidades.

Señala que el artículo 44 de la Ley 610 del 2000 declara al asegurador como tercero responsable civil, por lo que en defecto de norma expresa sobre prescripción dentro del proceso reclamativo de jurisdicción coactiva, la prescripción se regularía por el artículo 2536 del Código Civil y no por el artículo 1081 del C. de Co. Recalca que si en gracia de discusión se aplicara esta norma, la prescripción aplicable es la extraordinaria de cinco (5) años que corresponde a la víctima, esto es, a la Contraloría, como guardiana del patrimonio público.

3.2. La acción fiscal no estaba prescrita.

Invoca el artículo 9 de la Ley 610 del 2000 y relata la actuación administrativa que dio lugar al proferimiento de los actos acusados, para acotar que desde el 3 de abril de 2001 (fecha del auto de apertura) hasta el 2 de enero de 2006 (fecha de ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal), no habían transcurrido los cinco (5) años previstos para que ocurriera el fenómeno de la prescripción de la acción de responsabilidad fiscal, pues sólo habían transcurrido 4 años y 10 meses.

Luego se refiere a pronunciamientos doctrinales de los que resalta el tema de la naturaleza y efectos de los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, y que es sobre este último (no respecto del proceso de responsabilidad fiscal, como erróneamente hace la demandante y acoge la sentencia impugnada) que puede predicarse la prescripción estipulada en el artículo 1081 del Código de Comercio (SIC).

Manifiesta que la parte actora invocó el artículo 1081 del C. de Co., pero únicamente en referencia al término de dos años que allí se establece, en razón de una transcripción parcial de la norma que aquella hace en la demanda. Esto para reiterar que la prescripción que se debe aplicar en este caso es la extraordinaria y alega que los términos no pueden ser modificados por las partes.

Sobre la redacción del artículo 1081 advierte que la alusión a la condición de partes corrobora la ajenidad de esta norma dentro del proceso de responsabilidad fiscal, en el cual la Contraloría obra como juzgador para establecer si existe o no responsabilidad fiscal del presunto infractor y si existen terceros responsables civiles, pero no como parte opositora ni actuando por cuenta de la entidad pública que sufrió el detrimento, sino por virtud de mandato constitucional que la faculta para proceder de oficio o a solicitud de parte, por queja, o por aviso, cuando detecte la ocurrencia de un daño al patrimonio público distrital (SIC). Al respecto, precisa que el tomador es la Firma contratista Gustavo Muñoz y Cia, la Secretaría de Educación Distrital el beneficiario y la Compañía Cóndor S.A., es la aseguradora, por lo que es respecto de ellos, como partes del contrato de seguro, que se predica la prescripción prevista en el 1081 del C. de Co.

Recalca que respecto de la Contraloría de Bogotá el nacimiento del derecho a reclamar el valor asegurado en la póliza no es ni puede ser el siniestro ni su conocimiento porque no es verdad que ocurrido este pueda el ente de control fiscal iniciar el trámite de reclamación denunciando el siniestro ante la aseguradora y procediendo a requerirla para que realice el pago. Así, es únicamente el fallo de responsabilidad fiscal al que se encuentra integrado la póliza el que da nacimiento al derecho de acción para perseguir su pago coactivo, como competencia de las contralorías.

3.3. El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no adolece de vicios de nulidad.

Alude al artículo 40 de la Ley 610 del 2000 para señalar que en el presente caso los presupuestos de procedibilidad para proferir el auto de apertura del proceso estaban dados, como la competencia del funcionario que lo emitió, la existencia de daño patrimonial al Estado y los posibles autores del mismo. Advierte que aquel es un simple auto de trámite para dar inicio e impulsar el proceso y no un auto de imputación de cargos, por lo que no se requiere consignar todos los elementos de la figura tipo transgredida, ni la motivación ni las razones de las que se deriva la culpabilidad de los implicados. Transcribe también el artículo 41 ibídem.

3.4. La sentencia complementaria.

Manifiesta que en virtud del artículo 66 de la Ley 610 del 2000 es aplicable en lo pertinente el C. de P. C., el cual si bien dispone en el artículo 310 la corrección de errores aritméticos y mecanográficos en la sentencia, que puede realizarse en cualquier momento; previó, adicionalmente, en su artículo 311 la adición de la misma.

Expresa que dentro de los principios que rigen la adición a la sentencia se encuentran los de economía procesal y el de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, para indicar que en el presente caso se corrigió el mayor valor imputado a la Compañía de Seguros para ajustarlo al valor efectivamente asegurado en la póliza.

Afirma que contra el Auto de 11 de agosto de 2005, que corrigió la sentencia proferida dentro de su término de ejecutoria, se interpusieron los recursos de ley, habiendo sido aquel confirmado. Al respecto, sostiene que son corregibles, además de los errores aritméticos, ciertas omisiones en las que incurrió el juzgador, pues pese a haber condenado como tercero civil responsable a la Cia de Seguros (SIC), se omitió determinar el amparo y su cuantía, lo cual es diferente al hecho de haber modificado una situación favorable y consolidada a la aseguradora, dado que no se varió la providencia en su sentido sustancial.

3.5. La supuesta falta de competencia de la Contraloría de Bogotá para declarar el incumplimiento contractual.

Alega que no le asiste razón al demandante al señalar que la Contraloría no es competente para determinar si se incumplió o no con un contrato aludiendo a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000 y recalca el carácter autónomo de la responsabilidad fiscal en los términos del artículo 4 ibídem. Continúa con la exposición de las características de dicho proceso acudiendo al efecto a jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.6. Responsabilidad fiscal de los contratistas en el manejo del anticipo.

En este punto, alude a las normas sobre contratación pública que regulan el anticipo y las garantías, para indicar que el papel que juega el asegurador es el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados.

IV.- MINISTERIO PÚBLICO

Habiéndose notificado del presente proceso al Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, el mismo no emitió concepto alguno dentro del término de traslado.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- Según la potestad que tiene el ad quem para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso², la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar el juez de oficio, en los casos previstos por la Ley.

2.- Cuestión Previa.

Sea lo primero advertir que el actor demandó los siguientes actos administrativos:

(i) Fallo de responsabilidad fiscal No. 36 de 26 de abril de 2005, (ii) Auto de 11 de

² Equivalente al artículo 357 del anterior Código de Procedimiento Civil.

agosto de 2005, por el cual se corrige el fallo con responsabilidad; y (iii) Auto de 30 de noviembre del mismo año, por el cual se resuelve el recurso de apelación.

Sin embargo, la Sala da cuenta que en el expediente reposa el Auto de 20 de septiembre de 2005³ proferido por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C., por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 11 de agosto de 2005, y el cual no fue demandado por la parte actora ante esta Jurisdicción.

Al respecto, no sobra anotar que en tratándose de los procesos adelantados en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, como es el sub examine, esta Sección ha señalado reiteradamente que en el supuesto en que no sea demandado el acto por el que se resuelve el recurso de reposición se presenta una falencia en la individualización de las pretensiones en desconocimiento del artículo 138 del C.C.A., que genera el proferimiento de un fallo inhibitorio⁴.

Pues bien, sea esta la oportunidad para precisar que en la litis bajo examen, tal omisión procesal no acarrea la consecuencia anotada por cuanto frente al proceso de responsabilidad fiscal existe norma especial que ordena demandar ante esta Jurisdicción solamente el acto con el cual termina el proceso una vez éste se encuentre en firme; de forma tal que para los procesos de tal naturaleza no resulta en modo alguno necesario incluir la Resolución concerniente al recurso de reposición dentro de las peticiones de la demanda, para que aquellas se entiendan cabalmente individualizadas, puesto que el artículo 59 de la Ley 610 del 2000, establece:

³ Folios 104 a 109 del cuaderno principal del expediente.

⁴ Léanse las sentencias de 29 de agosto de 2013, Expediente No. 2003-00458, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala; 4 de abril de 2013, Expediente No. 2007-00179, M.P. Dra. María Elizabeth García; 9 de agosto de 2012, Expediente No. 2003-00237, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla, entre otras.

“Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”.

Así las cosas, es del caso dar aplicación preferente a la norma especial transcrita, por lo que esta Sección procederá a desarrollar el estudio de la alzada, sin que se advierta vicio alguno que lo impida.

Cabe resaltar que en Sentencia de 17 de junio de 2008, Expediente No. 2001-00310, Consejera Ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón, la Sala precisó lo siguiente en relación con el artículo 59 de la Ley 610 del 2000:

“Sobre el particular, la Sala considera necesario precisar que la disposición antes transcrita debe entenderse en armonía con lo dispuesto sobre el mismo aspecto por el C.C.A., pues si bien es cierto que el artículo 1º del C.C.A., preceptúa que “Los procedimientos administrativos regulados por Leyes especiales se regirán por éstas”, también lo es que a continuación señala que “en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”, lo cual significa que la ley especial se aplica de manera preferencial sobre la Parte Primera del C.C.A., única y exclusivamente respecto del procedimiento administrativo especialmente regulado, más no respecto de la Parte Segunda del C.C.A., que se refiere al control jurisdiccional de la actividad administrativa.

El artículo 138 del C.C.A., establece:

Artículo 138. Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”.

Interpretando de manera armónica lo dispuesto en el C.C.A., es claro para la Sala que cuando el primero de los citados señala que solamente deberá demandarse el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme, por dicho acto administrativo debe entenderse, en este caso, el que declaró fiscalmente responsable a la actora, así como los que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra dicha declaratoria, por cuanto la confirmaron.”

En esta oportunidad, la Sala **rectifica** la anterior posición jurisprudencial para adoptar, en su lugar, el criterio que antecede cual es, el que en materia de responsabilidad fiscal, por existir norma especial (artículo 59 de la Ley 610 del 2000) solo se exige demandar el acto principal en el cual no se incluyen los actos que resuelven los recursos; obviamente que la acción se debe interponer dentro del término de caducidad, que se contará a partir de la firmeza del acto principal, lo cual también supone el previo agotamiento de la vía gubernativa.

3.- Los actos administrativos demandados disponen en lo pertinente de su parte resolutive, lo siguiente:

*Fallo de Responsabilidad Fiscal
Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 36100*

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal el Proceso No. 36100 en cuantía de cuatrocientos noventa y ocho millones setecientos ochenta y siete mil ciento dieciocho pesos \$498.787.118,00, adelantado en la Secretaría de Educación en contra de la Firma Gustavo Muñoz y CIA S.C.A. (...) y a la Compañía de Seguros Cóndor S.A. en calidad de tercero civilmente responsable, por los motivos expuestos en la parte pertinente del presente proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar el contenido de este fallo a la Firma Gustavo Muñoz y CIA S.C.A. (...) y a la Compañía de Seguros Cóndor S.A. en calidad de tercero civilmente responsable en cabeza de su Representante Legal (...) y/o a su apoderado doctor Héctor Mauricio Galvis Alzate (...) de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. Contra el presente fallo proceden los recursos de Reposición ante esta Subdirección y el de Apelación

ante el Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, los cuales deben interponerse ante esta Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal, por escrito (...) con los requisitos del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO CUARTO. En firme esta providencia presta mérito ejecutivo y se hará cumplir por Jurisdicción Coactiva de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 610 del 2000.

ARTÍCULO QUINTO. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el responsable fiscal podrá consignar el valor fijado en el artículo primero (...)

(...)

ARTÍCULO SÉPTIMO. En firme esta decisión y transcurridos los 10 días hábiles subsiguientes a la firmeza, remitir el fallo junto con las constancias de ejecutoria y el cuaderno de las medidas cautelares si las hubiere a la Subdirección de Jurisdicción Coactiva para lo de su cargo.

(...)

"AUTO POR EL CUAL SE CORRIGE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD

Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 36100 – 11 de agosto de 2005.

(...)

RESUELVE

Artículo Primero: Corregir el Fallo con Responsabilidad No. 036 del 26 de abril de 2004, en el sentido que la Compañía de Seguros Cóndor S.A. con NIT 860.068.443-2, en calidad de tercero civilmente responsable, responderá por los amparos de cumplimiento general del contrato, por valor de \$62.920.000.00 y buen manejo del Anticipo por valor de \$157.300.000.00, para un total de \$220.220.000.00, de acuerdo con la póliza No. 2251489, con base en lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

Artículo segundo: Notificar el contenido de este auto a la Firma Gustavo Muñoz y CIA S.C.A. (...) y a la Compañía de Seguros Cóndor S.A. (...) de conformidad con el artículo 44 y 45 del C.C.A

Artículo tercero: Contra el presente auto proceden los recursos de Reposición ante esta Subdirección y el de Apelación ante el Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, los cuales deben interponerse (...) cumpliendo con los requisitos del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo Cuarto. En firme esta providencia presta mérito ejecutivo y se hará cumplir por Jurisdicción Coactiva de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Ley 610 del 2000. Transcurridos los 10 días hábiles subsiguientes a la firmeza, remitir el fallo adjunto con las constancias de ejecutoria y el cuaderno de las medidas cautelares si

las hubiere a la Subdirección de Jurisdicción Coactiva para lo de su cargo.

Artículo quinto: Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los responsables fiscales, conforme a lo visto, podrán consignar el valor fijado en el artículo primero en la Tesorería Distrital, debiendo acreditar tal situación ante esta Subdirección”.

“AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE APELACIÓN

Proceso de Responsabilidad Fiscal NO. 36100 – 30 de noviembre 2005

RESUELVE

Artículo Primero: Confirmar en todas y cada una de sus partes el Auto del 11 de agosto de 2005, por medio del cual se corrigió el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 36 del 26 de abril de 2005, en contra de la Compañía de Seguros Cóndor S.A., identificada con el NIT No. 890.300.465-8, conforme a la suscripción de la póliza No. 2251489 y a lo expuesto en la parte motiva.

Artículo Segundo: Notificar el contenido del presente Auto al señor Germán Ricardo Galeano Sotomayor (...), actuando como apoderado de la Compañía de Seguros Cóndor S.A. (...) conforme al artículo 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo Tercero: Contra el presente acto Administrativo no procede ningún recurso en vía gubernativa.

Artículo Cuarto: Remitir las presentes diligencias a la Subdirección de Jurisdicción Coactiva de esta Contraloría para lo de su competencia.”

3. Aun cuando el escrito de apelación se aprecia considerablemente extenso y disperso en la exposición de sus planteamientos contra la sentencia de primera instancia, es posible establecer que el razonamiento esencial contra aquella, estriba en que el Tribunal se equivocó al admitir la ocurrencia de la prescripción del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del C. de Co., toda vez que, en su entender, esta norma no resulta aplicable en el proceso de responsabilidad fiscal cuando se vincula al garante como tercero civilmente responsable, en los términos permitidos por el artículo 44 de la Ley 610 del 2000. Al respecto, plantea que los plazos de caducidad y prescripción concernientes al caso obedecen

fundamentalmente a lo previsto en el artículo 9º *ibidem*⁵, por lo que esta última figura procesal se contabiliza, por un lado, a partir del auto de apertura de investigación hasta la decisión de fondo; y, por el otro, desde el fallo de responsabilidad fiscal hasta el cobro ejecutivo de la póliza, sugiriendo, en este último evento, el término estipulado en el artículo 2536 del C.C., en ausencia de norma expresa que regule la prescripción del cobro de la póliza en los procesos de responsabilidad fiscal. En este punto, agrega, no obstante, que la actuación de la Contraloría frente a la Aseguradora versa sobre el cobro ejecutivo de la póliza, pues en relación con el garante no existe responsabilidad fiscal alguna, sino civil para efectos de la ejecución del seguro.

Alega que estos términos no se han de calcular desde la declaración del siniestro por parte de la entidad asegurada, como erróneamente estimó el a quo, y hace énfasis en el carácter autónomo de la responsabilidad fiscal para defender su tesis.

De otra parte, el recurrente formula otros argumentos en la alzada dirigidos a responder los cargos propuestos contra los actos acusados en la demanda, pero que no fueron evaluados por el a quo en razón de que este declaró su nulidad con fundamento en la prescripción de la póliza de seguro.

⁵ Esta norma dispone en lo pertinente:

"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, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare..."

Así las cosas, la Sala ha de abordar los reparos expuestos en la alzada comenzando por el asunto referente a la prescripción de la póliza reconocida por el Tribunal, dado que fue dicha temática la que sustentó su decisión de anular los actos acusados; para luego, y en caso tal que aquella no prospere, emitir un pronunciamiento en relación con los demás razonamientos formulados en el recurso.

4. Pues bien, en lo que respecta a la aplicación del artículo 1081 del C. de Co., para efectos de calcular el término de prescripción atinente a la responsabilidad civil de la Compañía de Seguros, en los términos del artículo 44 de la Ley 610 del 2000, la Sala reitera que dicha norma sí es pertinente al tema, acudiendo a lo señalado por la jurisprudencia de esta Sección en Sentencia de 18 de marzo de 2010, Expediente No. 2004-00529-01, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, cuyos razonamientos se prohíjan en esta oportunidad así:

“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De lo expuesto en la sentencia en cita es claro, entonces, que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal. El mencionado artículo 1081 establece:

“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”.

Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 ibídem para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso. Vale la pena transcribir lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 610 del 2000 a fin de clarificar la condición en que la compañía aseguradora es vinculada por el ente de control fiscal:

“Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la

compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

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". (Subrayado fuera de texto).

De otro lado, el argumento del apelante referente a que la actuación de la Contraloría frente a la Compañía de Seguros es meramente de cobro ejecutivo a partir del fallo de responsabilidad fiscal que integra la póliza⁶, tampoco es de recibo, según se explica con suficiencia en el pronunciamiento antes referenciado así:

"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...

... Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme (...) Solamente después de constituido así dicho título es que se abre la posibilidad y empieza a correr el término señalado en el artículo 66 del C.C.A., para adelantar la acción de cobro coactivo del mismo. De suerte que la entidad de control tiene una caza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtirse primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas. Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino

⁶ El artículo 92 de la Ley 42 de 1993, señala dentro de los títulos que prestan mérito ejecutivo, en su numeral 3º, "Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal".

una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable.” (Subrayado fuera de texto).

La anterior precisión es necesaria toda vez que el recurrente, en su esfuerzo por descartar la ocurrencia de la prescripción, procura aducir que aun cuando no es de aplicación el artículo 1081 a los procesos de responsabilidad fiscal, en el presente caso, acepta que habría una remota posibilidad de admitir el acudir a dicha norma, pero sólo en lo que respecta a la prescripción extraordinaria de 5 años para incoar el cobro ejecutivo a partir del fallo de responsabilidad fiscal, la cual, incluso, advierte, debe obedecer al artículo 2536 del Código Civil a falta de norma especial que la regule.

Nótese, entonces, que tal planteamiento no es pertinente al objeto de la presente Litis, toda vez que los actos acusados no versan sobre el proceso de cobro coactivo de la póliza, sino que conciernen a la vinculación que de la Compañía Aseguradora efectúa la Contraloría de Bogotá en el fallo de responsabilidad fiscal para integrar el título ejecutivo, que a su turno, habría de resultar ejecutado con posterioridad. Ello, desde luego, supone que la intervención de la Compañía de Seguros en los procesos en comento, implica dos actuaciones diversas para la Contraloría cuales son, por un lado, la que corresponde a la vinculatoriedad y declaratoria de responsabilidad civil de la Aseguradora derivada del artículo 44 de la Ley 610 del 2000, pero aplicando a ésta las normas pertinentes del contrato de seguro; y otra, referente al proceso de jurisdicción coactiva de la póliza, lo cual, se recalca, no hace parte del presente asunto.

Así las cosas, es respecto de la declaratoria de responsabilidad civil de la Aseguradora emanada del artículo 44 de la Ley 610 del 2000 que se habrá de

establecer la ocurrencia de la prescripción del seguro⁷, acudiendo para el efecto a lo dispuesto en el artículo 1081 del C. de Co.

Pues bien, en este punto, sostiene el recurrente que no hay lugar a prescripción alguna; primero, porque los términos que aluden a la declaración del siniestro por parte de la entidad contratante, o asegurada, no son procedentes en virtud de la autonomía que se predica del proceso de responsabilidad fiscal; y además, en razón de que a partir de la apertura del proceso hasta la decisión de fondo transcurrió un término inferior a los 5 años previstos en el artículo 9 de la Ley 610 del 2000.

Para la Sala, ninguna de las argumentaciones así formuladas por el apelante cuenta con opción de prosperar, pues en lo que hace a la aplicación del artículo 9 mencionado se reitera lo explicado anteriormente, en el sentido que como el llamamiento de la Aseguradora se efectúa a título civil y con sujeción al contrato de seguro, la normativa referente a la responsabilidad fiscal no le resulta aplicable.

Por su parte, la consideración atinente a la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1072 del C. de Co⁸., resulta de vital importancia, pues al contrario de lo sugerido por el recurrente, aquella constituye el punto de partida jurídico para ejercer cualquier derecho derivado de la póliza de seguro.

Así, en el presente caso, es claro que el siniestro fue reconocido formalmente por la entidad contratante, Secretaría de Educación Distrital, como le correspondía

⁷ En el presente caso, obra a folio 74 del cuaderno de anexos de la demanda la póliza No. 2251489 emitida por Cóndor S.A., cuyo asegurado es el Distrito Capital Secretaría de Educación. Sus amparos son: buen manejo/correcta inversión el anticipo, cumplimiento y prestaciones sociales, con vigencias desde el 12/09/1997 hasta el 12/01/1999.

⁸ "Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

hacerlo según se indicó en la jurisprudencia en cita, y por disponer el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 que aquel consiste en la declaratoria de la caducidad, tal como sucedió en el sub lite. Ahora, esta norma es de innegable aplicación por haberse generado el perjuicio patrimonial en el marco de un contrato estatal incumplido y garantizado por la parte demandante. La disposición legal, que dicho sea de paso, reviste la calidad de especial frente a la configuración del siniestro en cuestión, establece, en lo pertinente, lo siguiente:

“Artículo 18. De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

(...)

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, obra en el expediente que la caducidad del contrato se declaró mediante la Resolución 790 de 1º de marzo de 1999⁹, confirmada por la Resolución 1730 de 4 de junio de 1999¹⁰, y ejecutoriada el 30 de junio de 1999, según certificación emitida por la Secretaría de Educación Distrital¹¹. Por su parte, al expedirse el fallo de responsabilidad fiscal que declaró a la Aseguradora como civilmente responsable y que configura el título ejecutivo para el posterior cobro de la póliza, el 26 de abril de 2005, con notificación del Auto de 30 de junio de 2005,

⁹ Folios 75 a 77 del cuaderno de anexos de la demanda del expediente.

¹⁰ Folios 84 a 90 ibídem.

¹¹ Folio 81 ibídem.

con el que culminó la vía gubernativa, el 12 de diciembre de 2005¹²; no cabe duda de que aquella prescribió pues había transcurrido un término incluso mayor al de los 5 años que prevé el artículo 1081 del C. de Co., desde la ocurrencia del siniestro, como acertadamente concluyó el a quo.

No sobra anotar que en similar sentido se decidió el asunto objeto de la Sentencia de esta Sección, antes citada, al pronunciarse sobre la prescripción de la póliza bajo el siguiente razonamiento¹³:

“En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha...

... De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, (...) Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación.” (Subrayado fuera de texto).

Lo señalado otorga razones más que suficientes para concluir que el recurrente no logró desvirtuar los planteamientos del a quo para declarar la nulidad de los actos acusados en lo que respecta a Cóndor S.A., Compañía de Seguros, por lo que no

¹² Folio 41 ibídem.

¹³ Se debe tener en cuenta, no obstante, que en dicho proceso la entidad contratante no declaró la caducidad y de ahí que se tuviere en cuenta la fecha de vigencia de la póliza para contabilizar la prescripción.

resulta necesario el adentrarse en otros cuestionamientos de la alzada que ni siquiera constituyeron el fundamento de la decisión de la primera instancia¹⁴.

Así las cosas, la Sala habrá de confirmar la sentencia recurrida en apelación, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta Providencia.

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

F A L L A:

CONFÍRMESE la sentencia recurrida en apelación.

Ejecutoriada esta Providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
PRESIDENTE

¹⁴ Al respecto, vale la pena citar la Sentencia de 30 de mayo de 2013, Expediente No. 2004-00928-01, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala, en la que se indicó:

"La Sala confirmará la sentencia recurrida en atención a que los cargos propuestos en el recurso no conducen a la revocatoria de la decisión de primera instancia. En ese sentido, adviértase que luego de estudiar los fundamentos del fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Bolívar así como los fundamentos de la alzada, se advierte que estos últimos en nada contradicen la decisión objeto del recurso de apelación. (...) de manera que los argumentos del recurso devienen impertinentes e inconducentes, razón por la cual la Sala se ve llamada indefectiblemente a confirmar la sentencia apelada."

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.