**GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO - Obligación de prestarla - Vigencia**

En este sentido, esta Corporación judicial ha determinado que, conforme alo dispuesto en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80, los contratistas deben prestar garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, cuya vigencia se entenderá extendida hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos. (…)

**CONTRATOS DE SEGUROS - Finalidad**

[…] Los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones derivadas del contrato estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración, asegurar la ejecución del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02240-01**

**Actor: SEGUROS DEL ESTADO S.A**

**Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**

**Referencia. Recurso de apelación contra la sentencia de 3 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca**

**TESIS: SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA. CONFORME A LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 19 DEL ARTÍCULO 25 DE LA LEY 80, LOS CONTRATISTAS DEBEN PRESTAR GARANTÍA ÚNICA QUE AVALE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO, LA CUAL SE AJUSTARÁ A LOS LÍMITES, EXISTENCIA Y EXTENSIÓN DEL RIESGO AMPARADO, CUYA VIGENCIA SE ENTENDERÁ EXTENDIDA HASTA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO Y LA PROLONGACIÓN DE SUS EFECTOS. LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES QUE SE EVIDENCIARON INCUMPLIDAS TANTO POR LA ENTIDAD CORMAGDALENA, -DE FORMA INICIAL EN SU RESOLUCIÓN NÚM. 000064 DE 16 DE FEBRERO DE 2009-, COMO POR LA CGR -EN DESARROLLO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL QUE DERIVÓ EN LAS CONDENAS ACUSADAS EN EL ASUNTO BAJO EXAMEN-, SÍ HACEN PARTE DE LAS PACTADAS EN EL MARCO DEL CONTRATO DE OBRA NÚM. 0-0086 DE 2005 CELEBRADO ENTRE ESA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL Y EL CONSORCIO RÍO GRANDE, ADEMÁS DE QUE A CORMAGDALENA LE FUE DESCONTADA LA SUMA DE DINERO QUE SE LE RECONOCIÓ AL CONTRATISTA Y CON BASE EN LA CUANTÍA QUE SE ARROJÓ, SE IMPUTÓ EL MONTO A LA PÓLIZA ÚNICA.**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 18 de septiembre de 2014[[1]](#footnote-1), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”,-corregida con auto de 29 de enero de 2015[[2]](#footnote-2)-,mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas al demandante.

# I.- ANTECEDENTES

**I.1.-** **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, presentó demanda[[3]](#footnote-3) ante Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, a través de la cual formuló las siguientes pretensiones:

“[…] **Primera:** Que se declare la nulidad del *“fallo No. 19”* de diciembre 2 de 2012, del *“auto No. 01”* de enero 22 de 2013 de la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República y del *“auto No. 000202”* de marzo de 2013 de la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones de la misma Entidad, mediante la primera de las cuales se dictó fallo con responsabilidad fiscal, entre otros más, contra los integrantes del denominado Consorcio Río Grande (artículos tercero, cuarto y quinto) y, a la vez, se declaró como tercero garante de esa responsabilidad fiscal a la demandante Seguros del Estado S.A (artículo octavo) por razón de la póliza No. 053603094 allí “incorporada”, y a través de los otros autos se confirmó esa determinación.

**Segunda:** Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que la demandante Seguros del Estado S.A., no es garante de responsabilidad fiscal alguna a cargo real o presuntivo de los integrantes del Consorcio Río Grande ni debe suma alguna de dinero a la Nación- Contraloría General de la República, o se condene a esta última a restituirle a aquella, en pesos actualizados, toda suma de dinero que, hasta el momento del fallo, hubiere recibido de la demandante por cuenta o en razón de las decisiones que aquí se pide anular.

**Tercera:** Que se condene en costas a la parte demandada […]”.

**I.2.-** Como hechos relevantes para las resultas del proceso, la parte actora manifestó, en síntesis, que el señor **JORGE ALBERTO ISAAC CURE** y las sociedades **CONCORPE S.A y CONSTRUCCIONES DAYKA LTDA.**, terceros en el presente asunto, constituyeron en el mes de noviembre de 2005 el que denominaron **CONSORCIO RÍO GRANDE**, el cual suscribió con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, en adelante **CORMAGDALENA**, por Sistema de Precios Unitarios, el Contrato de Obra núm. 06-0086 de 28 de diciembre de 2005, para la construcción del muelle Galán, Etapa 2, en el Municipio de Barrancabermeja (Santander).

Señaló que de acuerdo con lo estipulado en dicho Contrato de Obra, a solicitud del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, y a fin de amparar las obligaciones que adquirió en el citado Contrato y sus modificatorios, **SEGUROS DEL ESTADO** otorgó en favor de **CORMAGDALENA** la garantía única de cumplimiento contenida en la póliza núm. 053603094 -anexos núms. 0 a 8, inclusive-, por los amparos en ella relacionados, entre los que se incluye el de “[…] cumplimiento del contrato […]”, cuya cobertura se extendió hasta el día 20 de octubre de 2007, luego de las adiciones de que fue objeto.

Indicó que, según **CORMAGDALENA**, el contratista incumplió de manera parcial el citado contrato de obra y sus modificatorios, pues así lo determinó esa Corporación mediante Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009, que corresponde a la liquidación unilateral de ese convenio y a la declaratoria de incumplimiento contractual, conclusión de la cual el **CONSORCIO RÍO GRANDE** fue declarado deudor de la entidad por la suma de $852.154.658 y a su garante, hasta el monto asegurado, que fue de $515.416.037,40.

Apuntó que un alto porcentaje de esa suma de dinero, que según la liquidación del contrato se encontraba a cargo del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, corresponde a la obra que fue pagada sin que haya sido ejecutada a pesar de que el contrato se pactó bajo el “Sistema de Precios Unitarios”, modalidad en la que la entidad contratante paga lo realmente ejecutado previa medición, al valor unitario pactado (cláusula primera). Relató que con posterioridad a la liquidación y al parecer porque **CORMAGDALENA** le pagó a su contratista $671.628.902, sin que correspondiera a obra ejecutada, porque estima no existe claridad al respecto, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, en adelante **CGR**, obrando por conducto de la Gerencia Departamental Colegiada Santander, inició en el mes de enero de 2010 el proceso de responsabilidad fiscal núm. 3615-06-2879-1739 en contra de los empleados de la Corporación Autónoma Regional que propiciaron dicho pago y, entre otros más, contra los integrantes del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, vinculando como tercero civilmente responsable o garante a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

Anotó que dicho proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739, concluyó con el **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012**, expedido por la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la **CGR**, mediante el cual declaró responsables fiscales a los integrantes del **CONSORCIO RÍO GRANDE** y, como tercero garante a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con ocasión de la póliza núm. 053603094 expedida en favor del asegurado/beneficiario **CORMAGDALENA**, decisión contra la cual se interpusieron recursos de reposición y, en subsidio, apelación, los que fueron denegados mediante el **Auto núm. 01 de 22 de enero de 2013**, y el **Auto núm. 000202 de 1o. de marzo de 2013**, expedidos por la propia Gerencia Departamental Colegiada Santander y luego por la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la **CGR**, respectivamente.

Comentó que el día 26 de septiembre de 2013, se evacuó ante la Procuraduría 12 Judicial Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, en forma fallida, la diligencia de conciliación previa exigida en el artículo 161, numeral 1, del CPACA, lo que así certificó dicha autoridad en constancia de la misma fecha.

La Sala advierte que los demás aspectos mencionados en este acápite de la demanda, no corresponden a hechos sino a fundamentos jurídicos de los cargos enrostrados, por lo que serán abordados en el siguiente punto de esta providencia.

**I.3.-** Como normas violadas la parte actora señaló los artículos 6º, 121 y 268 de la Constitución Política; Ley 610 de 15 de agosto de 2000[[4]](#footnote-4); 5º, numeral 4, de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993[[5]](#footnote-5); 7º de la Ley 1150 de 16 de julio de 2007[[6]](#footnote-6); y 1045, numeral 2, 1047, numeral 3, y 1054 del Código de Comercio.

Para sustentar el concepto de violación de las mismas, formuló, en síntesis, los cargos de falta de competencia, inexistencia de amparo y aquel según el cual, la **CGR** no es asegurada ni beneficiaria del seguro otorgado por la demandante. Arguyó, en cuanto al primero de ellos, que los actos acusados fueron expedidos con falta de competencia, toda vez que no se enmarcan en ninguna de las atribuciones específicas asignadas a la Contraloría, razón por la que dicha entidad de control no contaba con autorización alguna para hacerlo.

Explicó que las atribuciones que el artículo 268 de la Constitución Política asigna a la **CGR**, y que la Ley 610 desarrolla, son consecuencia directa del principio de especificidad, conforme al cual dicha entidad solo puede ejercer aquello que se encuentre autorizado en dichos preceptos normativos, situación que no ocurrió en el presente asunto habida cuenta que la Contraloría, so pretexto de ejercer su función de control fiscal, se inmiscuyó en asuntos que le son totalmente ajenos, como son los de orden contractual relacionados en sus resoluciones censuradas.

Afirmó en que la cobertura de la póliza núm. 053603094 no incluye el tipo de responsabilidad fiscal que la **CGR** hizo efectiva en contra de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, toda vez que la incluida allí es de cumplimiento del contrato, y si se dijese que el **CONSORCIO RÍO GRANDE** incumplió, para ello están las funciones a cargo de **CORMAGDALENA**, las que ejerció como consta en su Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009, con la liquidación unilateral del referido contrato de obra.

Con relación a la inexistencia de amparo, expuso que dentro de los amparos otorgados por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en favor de **CORMAGDALENA**, no se incluyó, y ni siquiera era propio haberlo incluido, alguno relacionado con la responsabilidad fiscal, real o presunta, en la que pudiera incurrir su afianzado **CONSORCIO RÍO GRANDE**. Reiteró que si una compañía de seguros, dentro de un contrato de seguro, no ha asumido determinado riesgo, la realización del suceso en que consiste tal riesgo no da origen a obligación alguna a cargo de la aseguradora, por estar por fuera de dicho contrato.

Señaló que uno de los elementos esenciales de todo contrato de seguro es el denominado “riesgo asegurable” (artículo 1045, numeral 2, del Código de Comercio), el cual se entiende como “[…] el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador […]” (artículo 1054 del Código de Comercio), lo que equivale al hecho de que el asegurador toma a su cargo, por ejemplo, el cumplimiento contractual de otro, el pago de salarios a cargo de otro, etc.

Aseveró que, a pesar de que en la póliza núm. 053603094 no aparece que **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** hubiese asumido el riesgo por la responsabilidad fiscal de su afianzado **CONSORCIO RÍO GRANDE**, la **CGR** la declaró tercero civilmente responsable a título de garante de su afianzado, luego la ilegalidad de su proceder es de bulto. O lo que es igual, que pese a que el Consorcio incurrió en una responsabilidad fiscal, aún así, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** no es su garante, pues ese amparo no es materia del contrato de seguro del que da cuenta la póliza núm. 053603094.

En lo concerniente a que la **CGR** no es asegurada ni beneficiaria del seguro otorgado por la demandante, sostuvo que los actos sometidos a controversia declaran a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** como tercero garante del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, en favor de ese ente de control, sin que el mismo se encuentre en el contrato de seguro como beneficiario o asegurado.

Agregó que dentro de las inclusiones que debe tener la póliza de seguro está la referente a los nombres del asegurado y del beneficiado o la forma de identificarlos, si fueren distintos al tomador, cuya exigencia obedece a que si el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador -que ocurra el riesgo asumido-, es obvio que se debe tener claro o por lo menos identificable el otro extremo de la relación jurídica, el acreedor de esa obligación condicional. Acotó que, en el presente caso, en la póliza núm. 053603094, aparece como asegurado y beneficiario **CORMAGDALENA**, porque así quedó suscrita en ella, y a pesar de tal calidad, la **CGR** se arrogó el título de acreedor de la obligación condicional vertida en dicha póliza, de manera unilateral y sin título alguno, cuando la asegurada y beneficiaria no era ella.

**I.4.-** La **CGR** presentó escrito de contestación el 6 de mayo de 2014[[7]](#footnote-7), a través del cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, invocando las excepciones de “ineptitud sustancial de la demanda” y de “improcedencia de la pretensión por falta de causal de nulidad de los actos y por inexistencia de derecho a restablecer”, las cuales fueron denegadas por el Tribunal durante la Audiencia Inicial de 14 de julio de 2014[[8]](#footnote-8).

En cuanto al concepto de la violación, argumentó, en síntesis, que se otorgaron una serie de adiciones presupuestales al contrato original, modificando la cuantía génesis, las cuales se sustentaron técnicamente y como quedó evidenciado en la Resolución núm. 000064 de 2009 -que liquidó unilateralmente el contrato-, se entregaron pagos al **CONSORCIO RÍO GRANDE** por determinación de **CORMAGDALENA**, en cabeza de su Director Ejecutivo, Ingeniero Horacio Arroyave Soto, quien era la persona jurídicamente competente para otorgarlos, sin que se hubiesen realizado las obras íntegramente según reportes de avance de obra, así como también resalta que el valor mayor del daño al presupuesto público, consistió en el pago del 90% del valor determinado para la grúa contenedora sin que ella fuese aprobada técnicamente por la interventoría, la cual no fue aceptada por el detrimento de su estado físico y mecánico, como se probó durante el proceso de responsabilidad fiscal núm. 1739.

Sostuvo que la Ley 610, en su artículo 44, expresa de manera clara que cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentre amparado 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. Anotó, en cuanto al amparo de cumplimiento, razón de ser de la incorporación de la póliza núm.053603094 al **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012**, que quedó plenamente demostrado en el plenario que sí hubo incumplimiento por parte del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, primero en obras de remate y la entrega de la grúa contenedora, como se dejó plasmado en el acta de recibo final, donde se da como plazo último de un mes al contratista para acabar las obras y entregar en la ciudad de Barrancabermeja (Santander) la grúa contenedora con el *overhauling*, en el entendido que la misma fue concertada como de segunda mano pero que debía cumplir con especificaciones técnicas que el Consorcio no cumplió, ni realizó las obras faltantes según el acta antes mencionada, desencadenando, como efectivamente ocurrió, en la terminación del contrato de manera irregular.

Apuntó que la **CGR** no hace parte del contrato de seguro, sino que es el órgano de control de orden constitucional, con facultades legales de hacer efectivas las pólizas por medio de la incorporación de las mismas al fallo, luego de que la compañía garante ha sido vinculada a la investigación fiscal por la suscripción de la mencionada póliza, que asumió como medio de garantía de los dineros públicos, que fueron administrados bajo la vestimenta de la gestión fiscal directa o indirecta ejercida por los servidores públicos o particulares que tienen la disposición jurídica de los recursos, siempre en observancia del amparo garantizado.

Aseveró, en cuanto a la prescripción alegada por la compañía aseguradora, que no existió tal fenómeno porque para la **CGR** el conocimiento de la existencia del daño se empieza a contar desde la fecha misma del Auto de Apertura del proceso de responsabilidad fiscal el día 21 de diciembre de 2009, sin que operara el término del artículo 9º de la Ley 610, el cual indica que el lapso para que surja el fenómeno de la prescripción es de 5 años, desde el inicio de la acción fiscal (auto de apertura), o sea que tal fecha sería el 20 de diciembre de 2014, fecha remota a la terminación del proceso, el cual quedó ejecutoriado el día 19 de marzo de 2013. Resaltó que el artículo 1081 del Código de Comercio no puede ser aplicable a la labor de la **CGR** como misión del interés general que bajo el mandato constitucional busca la indemnización al desmedro ocasionado al erario y afecta la póliza que garantiza el contrato, como otros amparos que dependiendo del caso concreto pueden ser incorporados al título creado por el fallo y el agotamiento de la vía gubernativa con destino al cobro coactivo, como órgano fiscalizador.

Aclaró que estos términos y condiciones son aplicables para las partes que celebran el contrato de seguro entendiéndose como tales los interesados, que según concepto de la Corte Suprema de Justicia es quien derive algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1,2 y 3 del artículo 1047 del Código de Comercio son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Acotó que en caso que la entidad asegurada quisiera hacer efectivas las pólizas por cualquier circunstancia de ley o del contrato mismo, la prescripción ordinaria se daría cuando se consuma el término de dos años a partir del conocimiento real o presunto del siniestro y la prescripción extraordinaria, cuando transcurren cinco (5) años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria.

Expresó que el Consejo de Estado ha reiterado que para el ejercicio de la acción ejecutiva no tienen aplicación los términos del citado artículo 1081 del Código de Comercio, sino el término de cinco (5) años fijado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que es el lapso para llevar a cabo la ejecución coactiva por parte de las entidades públicas, con el fin de hacer efectivas las garantías constituidas mediante pólizas de seguros. Por lo anterior, adujo que los términos del artículo 1081 del Código de Comercio no le son aplicables a las contralorías que se rigen por normas especiales, descritas en la Ley 610, en las que se establecen términos y circunstancias propias para la conformación del título ejecutivo (fallo con responsabilidad fiscal). Que, en virtud de lo anterior, es de mérito señalar, que cuando ocurrió el hecho generador del daño patrimonial al Estado, la póliza en cuestión se encontraba vigente, hecho éste que se constituye como presupuesto para hacerla efectiva.

Señaló que debe tenerse en cuenta, además, que de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 42 de 26 de enero 1993[[9]](#footnote-9), prestan mérito ejecutivo para ser cobrado a través del proceso de Jurisdicción Coactiva los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas y las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a los mismos. Que en el presente caso está demostrado que el daño existió, el perjuicio o detrimento patrimonial al Estado se realizó, en consecuencia es viable hacer efectivas las pólizas que amparaban el buen manejo del anticipo.

Consideró que el carácter de ente de control que tiene la Contraloría se lo otorga el artículo 267 de la Constitución Política, cuando establece que el control fiscal es una función pública que ejercerá la **CGR**, la cual vigilará la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Así mismo, esgrimió que el artículo 268 de la norma Superior, determina que el Contralor General de la República tiene la facultad para establecer la responsabilidad fiscal 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.

Observó que la motivación del fallo acusado no está dirigida directamente contra la póliza de seguros, por cuanto esta tiene única y exclusivamente la finalidad de amparar las irregularidades que eventualmente se cometan dentro de la celebración del contrato de seguro, sino que en este caso hubo una declaratoria de incumplimiento del contrato, y es por este hecho que debe responder la garantía contenida en la póliza de seguros y sus modificatorias. Que la inclusión de la compañía de seguros en el fallo con responsabilidad fiscal, se hace en virtud del mandato legal según el cual prestan mérito ejecutivo las pólizas de seguros y demás garantías a favor de la entidad pública que se integren a los fallos con responsabilidad fiscal.

Resaltó que el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquella y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado, como son las contralorías.

Insistió en que en el trámite del presente proceso, en el que se dedujo responsabilidad fiscal al contratista y a la compañía de seguros, se observaron las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas que se rigen por las reglas de orden Constitucional legal y, por consiguiente, se puede afirmar que todo el proceso se llevó a cabo dentro de las ritualidades de la Ley.

**II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

Con sentencia de 18 de septiembre de 2014[[10]](#footnote-10), corregida con auto de 29 de enero de 2015[[11]](#footnote-11), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, bajo los siguientes argumentos:

Consideró, sobre la falta de competencia, que la causal radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello, que se configura como causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material), cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial), o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal) .

Explicó que la **CGR**, como encargada de la función pública de control fiscal, es la competente para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, por lo que tiene plena competencia dentro del desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal, para que en los casos en los que medie detrimento al patrimonio público, y el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, pueda vincular al proceso a la compañía de seguros en calidad de tercero civilmente responsable, según lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 610.

De lo anterior coligió que a la **CGR**, en el caso *sub lite*, le compete la atención integral de los temas relativos a la gestión fiscal por medio de los mecanismos consagrados en las disposiciones legales, debiendo llamar como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros garante del contrato estatal, sin que haya lugar a la prosperidad de este cargo.

En cuanto a la supuesta inexistencia del amparo, determinó que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha considerado que de acuerdo con la Ley 610, es sólo a partir del contrato de seguro que se logra la vinculación de los garantes -para el caso la compañía de seguros demandante **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**-, quienes responden por los daños causados al erario cuando no lo hagan los contratantes tomadores, siendo en esa medida el papel de la entidad de control, el de beneficiaria de las pólizas que garanticen la restitución de los dineros en que se vio afectado el Estado.

Aseguró que, toda vez que la póliza de seguros núm. 053603094, es la garantía única del Contrato de Obra núm. 0-0086-2005 que, según lo contenido en su cláusula séptima, busca garantizar el cumplimiento general del contrato, es decir, que avale la ejecución de las obligaciones surgidas del contrato, el incumplimiento parcial del mismo por el **CONSORCIO RÍO GRANDE**, previamente declarado por la Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009, expedida por **CORMAGDALENA**, y causal de la responsabilidad fiscal en el **Fallo núm. 019 de 02 de octubre de 2012**, sí es objeto de amparo por dicha garantía constituida en favor de esa Corporación Autónoma Regional, por cuanto la no realización de las referidas obras se traduce en un riesgo asegurado, que, por tal razón este cargo tampoco prosperó.

Respecto de que la **CGR** no es asegurada ni beneficiaria del seguro otorgado por la demandante, el Tribunal estableció que si bien en el la asegurada/beneficiaria de la póliza de seguros núm. 053603094 es **CORMAGDALENA**, es procedente que la Contraloría ocupe en el lugar de la misma, toda vez que ni esa Corporación Autónoma Regional ni el **CONSORCIO RÍO GRANDE** hicieron efectiva tal garantía, pese a que habiéndose declarado el siniestro a través de la Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009, no se ordenó la efectividad de la garantía y sin que el proceso fiscal sea una acción ejecutiva o de cobro coactivo; y que antes de que el proceso culmine no hay título a ejecutar, sino una acción declarativa y constitutiva, la cual se surte para constituir el título ejecutivo complejo que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordene hacer efectiva la misma, por lo que bajo los anteriores presupuestos, concluyó que la **CGR** sí se constituye como beneficiaria de la póliza de seguro objeto de estudio, por lo cual este cargo prosperó.

Resolvió que se debe tener en cuenta la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio para efectos de la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros suscritos en favor de entidades estatales, ya que la vinculación que tiene la compañía de seguros a través de un fallo de responsabilidad fiscal, se hace con base en la responsabilidad Civil y no en la responsabilidad fiscal, y el grado de la primera está dado por los límites y los términos del aseguramiento, pues su vinculación se deriva únicamente del Contrato de Seguro, y tal vínculo merece una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo de la garantía.

Acotó que el precitado artículo del Código de Comercio prevé un término de prescripción especial para las acciones que puedan surgir de los contratos de seguros, estableciendo, de un lado, una prescripción ordinaria de dos años, en la cual se tiene en cuenta la calidad de la persona contra quien corre el término, es decir, el interesado, que debe tratarse de persona capaz, y el conocimiento que ésta tenga o haya debido tener sobre la ocurrencia del siniestro, puesto que será ese el punto de partida para empezar a contabilizar los dos años de dicha prescripción; y, por otro lado, la prescripción extraordinaria, de naturaleza objetiva, cuyos 5 años en que ella opera, corren contra toda clase de personas, independientemente de que conocieran o no el momento de la ocurrencia del siniestro, y el término se contabiliza a partir de la configuración del mismo.

No obstante lo anterior, la Ley 1474 de 12 de julio de 2011[[12]](#footnote-12), en su artículo 120 dispone que “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”, cuya vigencia empezó a partir de su promulgación, esto es, el 12 de julio de 2011. En el asunto sometido a estudio, el *a quo* observó que la garantía de la póliza núm. 053603094 otorgada por el **CONSORCIO RÍO GRANDE** en favor de **CORMAGDALENA**, tenía una vigencia inicial desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 29 de diciembre de 2010, pero posteriormente fue ampliada hasta 6 de febrero de 2011, por lo cual, en lo que corresponde a los sucesos acaecidos el 26 de junio de 2007, -día en el cual el contratista e interventor firmaron el acta final de obra en donde el Consorcio se comprometía a desarrollar actividades de remate-, el 16 de febrero de 2009, -fecha en la cual fue proferida la resolución que liquida unilateralmente el Contrato de Obra núm. 0-0086-2005 y declara el siniestro de incumplimiento para efectos de hacer efectiva la cláusula penal por la Corporación-, y el 21 de diciembre de 2009, -día en el cual fue expedido el Auto de Apertura de Proceso de Responsabilidad Fiscal núm. 039-, tuvieron lugar dentro de la vigencia de la póliza.

A manera de síntesis, decidió que como la **CGR** no es parte del contrato de seguro celebrado entre **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** y el **CONSORCIO RÍO GRANDE**, ni beneficiaria o asegurada del mismo, no le es aplicable la prescripción ordinaria de dos años respecto de las acciones derivadas de dicho contrato, pues dado su carácter subjetivo, el deber de conocimiento de la ocurrencia del siniestro se puede predicar solo de las partes, quienes son las que derivan de dicha ocurrencia su interés y beneficio del contrato de seguro suscrito, por lo que frente a la Contraloría se aplica la prescripción extraordinaria, cuyo término es de 5 años, los cuales cuentan a partir del momento en que se produjo el siniestro y nace el derecho.

A su vez, consideró que al encontrar la entidad demandada la configuración de un detrimento al patrimonio público, que debía asumirse a través de la póliza que amparaba el cumplimiento del contrato, se hizo necesario que la **CGR** procediera a vincular a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** como tercero civilmente responsable, a fin de hacer efectiva tal garantía. Y, por último, determinó que el término de los 5 años de la prescripción extraordinaria, empezó a correr para la **CGR** desde el 16 de febrero de 2009, fecha de ocurrencia del siniestro, hasta el 16 de febrero de 2014, por lo que hasta esta última fecha la entidad demandada podía ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro núm. 0536036094, sin que operara tal fenómeno y habida cuenta que el **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012** se profirió el 2 de diciembre de 2012, lo fue mucho antes del vencimiento del término aducido.

**III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

A través del escrito de 30 de septiembre de 2014[[13]](#footnote-13), la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 18 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, en el que afirmó que dejaba de lado lo relativo a si la póliza de seguro núm. 053603094 expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, a favor de **CORMAGDALENA**, incluía o no la responsabilidad fiscal a cargo del **CONSORCIO RÍO GRANDE**; o dicho en otras palabras, quiso dejar constancia de que no se iba a referir al problema de si la responsabilidad fiscal comprende o no el cumplimiento contractual de los contratistas del Estado y su afianzamiento por terceras personas a través del contrato de seguro.

Sostuvo que solo se iba a ocupar de un único asunto sobre el cual el Tribunal guardó silencio, esto es, si la suma de dinero que la **CGR** le cobró a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, que corresponde a obra pagada al contratista pero no ejecutada por él, encuadra o no dentro del marco del contrato de obra pública núm. 0-0086 de 2005, amparado por la referida garantía, a fin de determinar que la obligación surgida de ese pago no se encuentra amparada por la aseguradora, por lo que no resultaba factible ejercer su gestión fiscal sobre esta.

Resaltó que el pluricitado contrato, celebrado entre **CORMAGDALENA** y **CONSORCIO RÍO GRANDE**, afianzado por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, se pactó por el sistema de precios unitarios, según sus cláusulas primera y quinta. Señaló que esto significa que la entidad pública solo pagaría obra realmente ejecutada por el contratista, de acuerdo con las verificaciones que constan en actas de obra y que esa, y solo esa, era su obligación.

Indicó que a pesar de ello, **CORMAGDALENA** pagó a su contratista obra no ejecutada en cuantía de $671.628.902, tal como se determinó y cuantificó en el acta de liquidación del contrato, por lo que reconoció, y no discute, que hubo una evidente irregularidad que dio origen a la responsabilidad fiscal de los implicados al transgredir la regla de oro del contrato de pagar solo la obra realmente ejecutada al precio pactado por unidad de medida.

Lo que sí dice discutir, y reitera como el fundamento de este recurso de apelación, es que ese pago irregular se efectuó por fuera del marco del contrato asegurado por la mencionada garantía, esto es, que solo se pagaría lo realmente ejecutado, al precio pactado por unidades de medida, por lo que **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** no tiene por qué salir a responder por ese riesgo que no fue asumido; y que dentro de los elementos esenciales del contrato de seguro el artículo 1045 del Código de Comercio incluye el “riesgo asegurable” que, conforme lo define el artículo 1054 *ídem*, equivale al suceso incierto cuya ocurrencia da origen a la obligación condicional del asegurador, lo que se conoce como el riesgo amparado cuya ocurrencia se denomina, comúnmente, “siniestro”, y que torna en exigible la obligación de la compañía de seguros.

Acotó que **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** asumió un riesgo específico, como lo fue el cumplimiento del contrato de obra antes mencionado, no obstante lo cual la **CGR** se arrogó el derecho de cobrarle a ella, a título de incumplimiento contractual, la suma de dinero que corresponde a lo pagado por fuera del marco del contrato, es decir obra no ejecutada. Insistió en que si bien es cierto que el **CONSORCIO RÍO GRANDE** le adeuda unas sumas a **CORMAGDALENA**, la aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** no se obligó a responder por tales conceptos, justamente porque el origen de esa obligación está por fuera del marco contractual amparado.

Finalizó recordando que el riesgo amparado por la actora fue el cumplimiento del contrato por parte del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, no el de responsabilidad fiscal en que pudieran incurrir los funcionarios de **CORMAGDALENA**, así fuera en asocio real o presunto con aquel contratista, de tal manera que el derecho a exigir la devolución del pago sin causa legal, se conoce como repetición de lo pagado y tiene su origen en la ley mas no en el referido contrato de obra.

# IV.- ALEGATOS

**IV.1.-** Vencido el plazo, dentro del lapso concedido para alegar en esta instancia, las partes ratificaron sus posturas y argumentos con escritos de 6[[14]](#footnote-14) y 18[[15]](#footnote-15) de noviembre de 2015, respectivamente.

**IV.2.-** Por su parte, el Ministerio Público guardó silencio.

# V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

**V.1.- Cuestión previa**

A través de escrito de 12 de diciembre de 2017[[16]](#footnote-16), el Consejero de Estado de la Sección Primera, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, manifestó impedimento para conocer del presente asunto, el cual le fue aceptado por la Sala mediante auto de 1o. de febrero de 2018[[17]](#footnote-17), en el que se ordenó, como consecuencia de ello, separarlo del conocimiento del mismo.

**V.2.- Actos demandados**

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de los siguientes actos administrativos: **Fallo núm. 019 de 2 de octubre de 2012**, **Auto núm. 01 de 22 de enero de 2013** y **Auto núm. 000202 de 1o. de marzo de 2013**, expedidos por la Gerencia Departamental Colegiada Santander y la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la **CGR**, respectivamente, cuya parte resolutiva más relevante es la siguiente:

“[…] **FALLO No. 019 FECHA 02 DE OCTUBRE DE 2012**[[18]](#footnote-18)

**EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 1739**

En Bucaramanga, la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la competencia establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011 y la Resolución Orgánica emanada del despacho de la señora Contralora General No. 6541 de abril 18 de 2012, procede a proferir **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL Y SIN RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL** radicado bajo el número **1739**, por hechos ocurridos en las dependencias administrativas de CORMAGDALENA

REFERENCIA

|  |  |
| --- | --- |
| **PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No.** | 3615-06-2879-1739 |
| **ENTIDAD** | CORMAGDALENA |
| **PRESUNTOS RESPONSABLES** | **HORACIO ARROYAVE SOTO****C.C. 70.113.497**Director Ejecutivo**LUIS JAVIER VALENCIA AGUILAR****C.C. 70.090.387**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**ENRIQUE BUENO REY****C.C. 91.209.843**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**CONSORCIO RÍO GRANDE**Conformado por:**JORGE ALBERTO ISAAC CURE** Nit. 9.138.843-9**CONCORPE S.A.** Nit. 890933752-3**Construcciones DAYKA Ltda.** Nit. 830506082-8**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA-UMNG** Nit. 800225340-8Representación legal: Sr. MG EDUARDO ANTONIO HERRERA BERGEL C.C. 14.977.351 |
| **COMPAÑÍA ASEGURADORA** | **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con Nit. 860009578-6, por la expedición de la Póliza No. 053603094 con vigencia del 29-12-2005 al 29-10-2006 y las demás que la modifiquen y amplíen. |
| **CUANTÍA APERTURA** | $671.628.902,00 |
| **CUANTÍA FALLO** | $737.425.450,00 |

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en contra de **HORACIO ARROYAVE SOTO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 70.113.497, en calidad de Director Ejecutivo de Cormagdalena para la época de los hechos, de manera solidaria por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (**$737.425.450**), por el daño patrimonial producido al erario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO SEGUNDO: Fallar con Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en contra de **LUIS JAVIER VALENCIA AGUILAR**, identificado con cédula de ciudadanía No. 70.090.387, en calidad de Subdirector de Navegación y Desarrollo Sostenible de Cormagdalena para la época de los hechos, de manera solidaria por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (**$737.425.450**), por el daño patrimonial producido al erario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO TERCERO: Fallar con Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en contra de **JORGE ALBERTO ISAAC CURE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.138.843, en calidad de miembro del consorcio contratista, de manera solidaria por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (**$737.425.450**), por el daño patrimonial producido al erario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO CUARTO: Fallar con Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en contra de **CONCORPE S.A.**, identificada con Nit No. 890.933.752-3, en calidad de miembro del consorcio contratista, de manera solidaria por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (**$737.425.450**), por el daño patrimonial producido al erario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO QUINTO: Fallar con Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en contra de **CONSTRUCCIONES DAYKA LTDA.**, identificada con Nit No. 830.506.082-8, en calidad de miembro del consorcio contratista, de manera solidaria por la suma de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (**$737.425.450**), por el daño patrimonial producido al erario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO SEXTO: Fallar sin Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, a favor de **ENRIQUE BUENO REY**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.209.843, en calidad de Subdirector de Navegación y Desarrollo Sostenible de Cormagdalena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO SÉPTIMO: Fallar sin Responsabilidad Fiscal**, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, a favor de **LA UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA-UMNG**, identificada con Nit. No. 800.225.340-8, en calidad de Interventora del Contrato de Obra No. 0-0086 de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**ARTÍCULO OCTAVO: Declarar como tercero garante** a la Compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con NIT No. 860.009.578-6 e **Incorporar** al presente **Fallo con Responsabilidad Fiscal** la siguiente póliza: Póliza No. **053603094 expedida por Seguros del Estado S.A.** Cuantía del amparo de cumplimiento: **$515.416.037**, junto a todas y cada una de sus prórrogas y modificaciones, como garantía del contrato materia de investigación, de acuerdo a lo estipulado en la materia motiva de la presente providencia.

(…)

**ARTÍCULO DÉCIMO:** Contra la presente providencia proceden los recursos de Reposición y Apelación ante esta Gerencia Colegiada y la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, respectivamente, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación en debida forma y conforme a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

(…)

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase,

|  |  |
| --- | --- |
| **LUCIO FERNANDO RUEDA PRADA**Contralor ProvincialPonente | **MAYERLINE BALLESTEROS ARROYO**Contralora Provincial |
| **DAVID RIVERA ARDILA**Contralor Provincial | **CARMEN LEONOR RODRÍGUEZ**Gerente Departamental |

[…]”

“[…] **AUTO No 01 DE 22 DE ENERO DE 2013**[[19]](#footnote-19)

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO PETICIÓN DE APELACIÓN CONTRA EL FALLO No. 019 FECHA 02 DE OCTUBRE DE 2012 EN EL PROCESO DE RESPOSABILIDAD FISCAL No. 1739**

En Bucaramanga, la Gerencia Departamental Colegiada Santander de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la competencia establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011 y la Resolución Orgánica emanada del despacho de la señora Contralora General No. 6541 de abril 18 de 2012, procede a proferir **AUTO No 01 DE 22 DE ENERO DE 2013, POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO PETICIÓN DE APELACIÓN CONTRA EL FALLO No. 019 FECHA 02 DE OCTUBRE DE 2012 EN EL PROCESO DE RESPOSABILIDAD FISCAL** radicado bajo el número **1739**, por hechos ocurridos en las dependencias administrativas de CORMAGDALENA.

REFERENCIA

|  |  |
| --- | --- |
| **PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No.** | 3615-06-2879-1739 |
| **ENTIDAD** | CORMAGDALENA |
| **PRESUNTOS RESPONSABLES** | **HORACIO ARROYAVE SOTO****C.C. 70.113.497**Director Ejecutivo**LUIS JAVIER VALENCIA AGUILAR****C.C. 70.090.387**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**ENRIQUE BUENO REY****C.C. 91.209.843**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**CONSORCIO RÍO GRANDE**Conformado por:**JORGE ALBERTO ISAAC CURE** Nit. 9.138.843-9**CONCORPE S.A.** Nit. 890933752-3**Construcciones DAYKA Ltda.** Nit. 830506082-8**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA-UMNG** Nit. 800225340-8Representación legal: Sr. MG EDUARDO ANTONIO HERRERA BERGEL C.C. 14.977.351 |
| **COMPAÑÍA ASEGURADORA** | **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con Nit. 860009578-6, por la expedición de la Póliza No. 053603094 con vigencia del 29-12-2005 al 29-10-2006 y las demás que la modifiquen y amplíen. |
| **CUANTÍA APERTURA** | $671.628.902,00 |
| **CUANTÍA FALLO** | $737.425.450,00 |

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: NO REPONER**, en ninguna de sus partes el Fallo No. 019 de octubre 2 de 2012 y, por ende, **CONFÍRMESE** la declaratoria de Responsabilidad Fiscal (…)

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFÍRMESE la declaratoria como tercero garante** a la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. con NIT No. 860.009.578-6 e **Incorporación** al Fallo con Responsabilidad Fiscal la siguiente. Póliza No. **053603094 expedida por Seguros del Estado S.A.** Cuantía del amparo de cumplimiento: **$515.416.037**, junto a todas y cada una de sus prórrogas y modificaciones, como garantía del contrato materia de investigación, de acuerdo a lo estipulado en la materia motiva de la presente providencia.

(…)

**ARTÍCULO CUARTO: CONCÉDASE**,en subsidio, el recurso de apelación **en el efecto suspensivo**, por lo cual ordénese enviar los cuadernos principales que hacen parte del expediente del PRF No. 1739 a la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, como segunda instancia para que decida sobre el recurso de alzada.

**ARTÍCULO QUINTO. REMITIR** el expediente a la segunda instancia, de conformidad con el artículo 18 de la Ley 610 de 2000, con el fin de surtir el grado de consulta, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación al auto que decide el recurso horizontal y, a su vez, cumpliendo los requisitos, se surta el recurso de alzada de conformidad con el artículo 57 de la misma ley.

**ARTÍCULO SEXTO.** Contra la presente resolución no procede ningún recurso.

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase,

|  |  |
| --- | --- |
| **LUCIO FERNANDO RUEDA PRADA**Contralor ProvincialPonente | **WILSON GABRIEL GONZÁLEZ VEGA**Contralor Provincial  |
| **DAVID RIVERA ARDILA**Contralor Provincial | **RAFAEL ANTONIO CÁCERES MARTÍNEZ**Gerente Departamental |

[…]”.

“[…] **AUTO No 000202 DEL 01 MAR 2013**[[20]](#footnote-20)

**POR MEDIO DEL CUAL SE CONOCE UN GRADO DE CONSULTA Y SE RESUELVEN SENDOS RECURSOS DE APELACIÓN DENTRO DEL PRF-1739**

REFERENCIA

|  |  |
| --- | --- |
| **EXPEDIENTE** | PRF 1739DJF-35-01-141-2013 |
| **PRODEDENCIA** | Gerencia Departamental Colegiada de Santander |
| **ENTIDAD** | CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA |
| **RESPONSABLES FISCALES** | **HORACIO ARROYAVE SOTO****C.C. 70.113.497**Director Ejecutivo-Cormagdalena**LUIS JAVIER VALENCIA AGUILAR****C.C. 70.090.387**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**ENRIQUE BUENO REY****C.C. 91.209.843**Subdirector de Desarrollo Sostenible y Navegación**CONSORCIO RÍO GRANDE**Conformado por:**JORGE ALBERTO ISAAC CURE** Nit. 9.138.843-9**CONCORPE S.A.** Nit. 890933752-3**Construcciones DAYKA Ltda.** Nit. 830506082-8**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA-UMNG** Nit. 800225340-8Representación legal: Sr. MG EDUARDO ANTONIO HERRERA BERGEL C.C. 14.977.351 |
| **GARANTE** | **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** Nit. 860009578-6, Póliza No. 053603094 |
| **CUANTÍA INDEXADA** | Setecientos treinta y siete millones, cuatrocientos veinticinco mil, cuatrocientos cincuenta pesos m/cte. ($737.425.450,00) |

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR EL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL 019 del 2 de octubre de 2012** y su Auto confirmatorio 01 del 22 de enero de 2013, proferidos por la Gerencia Departamental Colegiada de Santander, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal 1739, contra los señores HORACIO ARROYAVE SOTO, LUIS JAVIER VALENCIA AGULAR, JORGE ALBERTO ISAAC CURE, CONCORPE S.A., y CONSTRUCCIONES DAYKA LTDA., y SIN REPONSABILIDAD FISCAL a favor del señor ENRIQUE BUENO REY y LA UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA-UMNG, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

(…)

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS**

Directora de Juicios Fiscales […]”.

**V.3.- Problema jurídico**

De conformidad con lo esgrimido en el recurso de apelación que convoca a la Sala, corresponde establecer si los actos acusados están viciados de nulidad por haber sido expedidos, presuntamente, transgrediendo lo pactado en la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL número 053603094 de 29 de diciembre de 2005, en adelante Póliza de Cumplimiento núm. 053603094, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, en cuanto a que de su objeto y riesgo asegurados y pactados con su tomador/garantizado **CONSORCIO RÍO GRANDE**, en beneficio de **CORMAGDALENA**, no se deriva la afectación decidida por el fallo con responsabilidad fiscal demandado.

**V.4.- Análisis del caso concreto**

La Sala a partir del acervo probatorio que reposa en el expediente pudo determinar que, en efecto, **CORMAGDALENA** suscribió con el **CONSORCIO RÍO GRANDE**, -conformado por **JORGE ALBERTO ISAAC. CONCORPE S.A. y CONSTRUCCIONES DAYKA LTDA.-**, el Contrato núm. 0-0086 de 28 de diciembre de 2005[[21]](#footnote-21), cuyo objeto es el siguiente:

“[…] **CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.-** **EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar para CORMAGDALENA**, por sus propios medios, materiales, equipo y personal, en forma independiente y con plena autonomía técnica y administrativa hasta su terminación y aceptación final, por el sistema de precios unitarios, y en los términos que señala este contrato y los pliegos de condiciones del proceso de licitación, **la “CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE DE GALÁN ETAPA 2, EN EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA** […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Se pactó, para tales efectos, la constitución de una garantía única en los siguientes términos:

“[…] **CLÁUSULA SÉPTIMA: GARANTÍA ÚNICA.-** **EL CONTRATISTA se compromete a constituir a favor de CORMAGDALENA una póliza expedida por una compañía de seguros autorizada para funcionar en Colombia** o garantía bancaria que garantice lo siguiente: **a) El cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria que se le impongan al contratista, por una cuantía equivalente al diez (10%) por ciento del valor del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y cuatro (4) meses más**. b) El pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que el contratista haya de utilizar para la ejecución de las obras, por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (3) años más. c) Correcta inversión del anticipo, por una cuantía del 100% del valor del mismo, con una vigencia igual al plazo del contrato y cuatro meses más. d) Responsabilidad civil extracontractual. La garantía de responsabilidad civil extracontractual, que se constituirá en póliza anexa, debe ser equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato con una vigencia igual al plazo del contrato y dos (2) años más. e) Estabilidad de la obra por una cuantía equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato y por cinco (59 años contados a partir del recibo definitivo de los trabajos. Si el valor inicial del contrato se adiciona, se deberán actualizar todas las pólizas incluidas en esta cláusula. f) Calidad y buen funcionamiento de los bienes suministrados, por una cuantía equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato, con una vigencia igual al plazo del mismo y tres (39 años más, o por la garantía que entregue el fabricante o distribuidor autorizado […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Dando cumplimiento a dicha obligación, el **CONSORCIO RÍO GRANDE** constituyó la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL núm. 053603094 de 19 de diciembre de 2005[[22]](#footnote-22), expedida por la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, con vigencia desde esa misma fecha hasta el 29 de diciembre de 2010, en la cual funge como asegurada/beneficiaria **CORMAGDALENA**; su objeto y amparos fueron descritos así:

“[…] OBJETO DEL SEGURO

Con sujeción a las condiciones generales de la póliza que se anexan E-CU-010-A REDIS 12-09-12, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido y hasta el límite de valor asegurado señalado en cada amparo, **Seguros del Estado S.A., garantiza**:

**CONTRATO No. 0-0086-05, RELACIONADO CON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE GALÁN ETAPA 2, EN EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA, SEGÚN ESPECIFICACIONES DEL MISMO**

AMPAROS

RIESGO: CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES Y EDIFICIOS

AMPAROS

BUEN MANEJO DEL ANTICIPO

SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

ESTABILIDAD DE LA OBRA

CALIDAD DE LOS ELEMENTOS

**CUMPLIMIENTO** […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Posteriormente, las partes suscribieron la Prórroga núm. 1 de 17 de noviembre de 2006[[23]](#footnote-23) al Contrato de Obra núm. 00086, con la que acordaron adicionar el valor del contrato inicial en la suma de $344.689.374,00, los cuales se debían cancelar en la misma forma pactada en el contrato inicial, por lo cual la vigencia de la citada póliza resultó también prorrogada hasta el 6 de febrero de 2011, según las constancias aportadas por la parte demandante al proceso.

A través de la Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009[[24]](#footnote-24), el Director Ejecutivo de **CORMAGDALENA** liquidó unilateralmente el Contrato núm. 0-0086 de 2005 e hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el mismo, para lo cual estimó, entre otros aspectos, que: ﷽﷽﷽﷽﷽﷽﷽﷽presente medio de con .tada ma de $344.689.374,00

(i) Luego de varias solicitudes de prórrogas elevadas por el contratista para la entrega definitiva de las obras ante la imposibilidad de hacerlas a tiempo, las partes acordaron como fecha definitiva el día 26 de junio de 2007, día en que, luego de volver a faltarse a la precitada entrega, fue suscrita el Acta final con su Anexo núm. 001[[25]](#footnote-25), en el que el **CONSORCIO RÍO GRANDE** se comprometió con la interventoría a realizar obras de remate dentro de un plazo adicional de un (1) mes más, así:

“[…] En la construcción de las casetas de motobombas, portería, control de silos, y contraincendios, el contratista no corrigió los detalles de los filos, dilataciones y pinturas, requeridos por la interventoría, por lo que estas actividades no fueron ejecutadas de manera satisfactoria.

En las obras civiles de báscula camionera, el contratista no efectuó las pruebas solicitadas por la interventoría y establecidas en los pliegos de condiciones.

El contratista no efectuó de manera total, las acciones ambientales establecidas.

El contratista no suministró el equipo de movilización de carga, grúa remanufacturada, el cual no fue entregado en el sitio de las obras como lo contemplan los términos de referencia.

El contratista no legalizó ante la Electrificadora de Santander, el proyecto eléctrico, por lo que no se cuenta con el servicio de energía en forma definitiva […]”.

No obstante, aunque **CORMAGDALENA** le efectuó desembolsos por la suma de $4’159.191.619,00, el contratista dejó de ejecutar tales obras por valor de $995.148.755, de los cuales $25.527.555 correspondían a menor cantidad de obra ejecutada.

(ii) Que el 28 de agosto de 2008, en las instalaciones de la Oficina de Gestión y Enlace de **CORMAGDALENA** de la ciudad de Bogotá D.C., se llevó a cabo una reunión con las firmas que conforman el **CONSORCIO RÍO GRANDE**, la interventoría y funcionarios de esa Corporación Autónoma Regional, con el fin de abordar el tema de las obras que quedaron sin ejecutar por parte del contratista y la posibilidad de liquidar el contrato de forma bilateral, de la cual se concluyó que la entidad elaboraría el proyecto de liquidación y que ello se enviaría al Consorcio para la realización de su análisis y determinar su conformidad o no; sin embargo, el contratista no se pronunció al respecto.

(iii) **CORMAGDALENA** determinó que el **CONSORCIO RÍO GRANDE** tenía un saldo a su favor que ascendía a $594.251.154,00, por concepto de obra no ejecutada, y que a pesar que se le ha citado y prevenido acerca del incumplimiento, consideró necesario a) liquidar unilateralmente el referido contrato, b) declarar ocurrido el siniestro de incumplimiento parcial, c) ordenar la cancelación del valor producto de la liquidación unilateral que asciendió a $852.154.658,00, con la respectiva sanción impuesta, y que d) como consecuencia de lo anterior, y en caso de permanecer saldos insolutos, ordenar hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la garantía única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales núm. 053609094 y sus anexos modificatorios, expedida por **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

El 21 de diciembre de 2009, a través de Auto núm. 039, la Coordinadora de Gestión y la Profesional Universitaria del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental Santanderde la **CGR**, profirió Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal núm. 3615-06-2879-1739, en el cual fungieron como presuntos responsables funcionarios de **CORMAGDALENA** y el **CONSORCIO RÍO GRANDE**, y como aseguradora a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, precisando como hecho generador del daño patrimonial al erario, las cantidades de obras pagadas sin cumplir las especificaciones técnicas en el contrato núm. 0-0086 de 2005, según la Auditoría Integral con Enfoque Integral, vigencia 2008, realizada a esa Corporación Autónoma Regional.

Con **Fallo núm. 019 del 2 de octubre de 2012**, se declaró la responsabilidad fiscal de tales funcionarios de **CORMAGDALENA**, así como del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, por el incumplimiento del contrato de obra citado y, en consecuencia, se declaró como tercero garante a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, aseguradora de dicho contratista, incorporando para los efectos la póliza núm. 053603094 junto con sus prórrogas y modificaciones, en una cuantía de $515.416.037.00.

En este sentido, como se logra apreciar, la vinculación como garante al referido proceso de responsabilidad fiscal de la actora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, tuvo como causa inmediata y exclusiva el **incumplimiento contractual atribuido al tomador de la pluricitada póliza núm. 053603094, el CONSORCIO RÍO GRANDE**, que no a otro de los condenados en los actos acusados. Al respecto, el **Fallo núm. 019 del 2 de octubre de 2012** estableció lo siguiente:

“[…] Pero dentro de la auditoria, realizada por la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Santander, génesis de la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal actual se evidenció lo siguiente: en el acta de recibo final de obra se le reconoce al contratista el pago de cantidades de obra de los siguientes ítems: movilización y desmovilización, drenaje superficial, red de acueducto y alcantarillado, báscula camionera 80 toneladas (incluyendo herrajes, suministro e instalación), cerramiento en malla eslabonada, red eléctrica nueva, red eléctrica nueva adicional, TRCD 4035 252 M3/H, sección adicional de equipo TRCD 4035 252 M3/H 12.5 10 hp, pasarela de servicios PSSR-1235 11.5 M, Estructura de soportes de pasarela de sobre estructura del silos de 40 toneladas, ductos y accesorios de Interconexión, montaje de equipos adicionales durante ocho (8) días, transporte de equipos a Puerto Galán por un valor total de $296.796.349, cuantía que no puede ser pagada directamente al contratista, sino que es objeto de una compensación con la obra pagada y no ejecutada por el contratista y/o ejecutada sin cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas, generando como resultados de esta compensación un saldo a favor de Cormagdalena por $671.628.902 dicho saldo fue la apertura del presente proceso, cuantía de incumplimiento avalado por el perito en su dictamen a folio No. 1029, este es el valor que ha sufrido en detrimento las arcas propias de la Corporación por la negligencia y poco prudencia del contratista conformado la figura multipersonal y que responde de manera solidaria, ilimitada y mancomunada como lo aseveran en el documento de conformación por dichos miembros, la CULPA GRAVE de todos los miembros del Consorcio Riogrande (Jorge Alberto Isaac Cure, Concorpe S.A. y Construcciones Dayka Ltda), se soporta normativamente en el artículo 63 del Código Civil Colombiano, que a letra reza: (...) es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, **el incumplimiento de los contratistas, sin lugar a duda quebrantaron en lo ya detallado, no observaron el plazo último del 26 de Junio de 2007, para la entrega final de la Grúa Contenedora y los fallantes de obra, por lo cual su omisión originó directamente el daño en cuestión, configurándose el NEXO DE CAUSALIDAD, sin lugar a dudas, el tercer elemento vital para endilga responsabilidad fiscal.**

(…)

**Entendiéndose lo anterior se precisa que la compañía aseguradora que no hace parte del universo de la Gestión Fiscal, puede ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal en calidad de tercero civilmente responsable, en razón ya no de garantizar la ejecución de un contrato, el manejo oficial debido de un gestor fiscal, la estabilidad de una obra, el buen manejo del anticipo u otras garantías reguladas en el país por la Superintendencia Financiera, como brazo técnico del poder ejecutivo. La compañía aseguradora es aquí llamada a responder solo como tercero civilmente responsable, en pro de los intereses generales reflejados en dineros públicos**;

(…)

**Al interior de los anexos de la Póliza de cumplimiento No. 053603094 (Folio No. 1596) se presenta el amparo de cumplimiento que indica, “cubre a las entidades estatales contratantes contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado. Este amparo comprende las multas y el valor de la clausula penal pecuniaría que se haga efectiva”. Postulados encuadrados de manera exacta en la realidad contractual presentada durante todo el proceso; si bien existe un acta de recibo final de obra que tanto el interventor (UMNG) como la entidad contratante (Cormagdalena), avalaron, se plasmó en dicho documento un serie de obras fallantes y el suministro de la grúa contenedora como carencias en el cumplimiento contractual del Consorcio Rio Grande, que tenía una connotación de remate en los faltantes con un plazo de cumplimiento de un (1) mes al recibo final**; el mencionado consorcio no cumplió con lo obligado, materializando unos daños al erario que tanto el grupo auditor en su momento como el perito corroboraron y el despacho ha fijado como cuantía de apertura e imputación, puede considerarse de manera superficial como actos de remate algunos ítems de infraestructura no cumplidos y el suministro del equipo de movilización y carga, éste último factor sucumbe como el groso de la cuantía endilgada a los vinculados, **en ocasión a que de manera poco diligente la administracion de la Corporación ordenó el pago del restante precio justo de la grúa, según alegaciones del contratista para poder importar la misma de los EEUU; dicho pago de manera descuidada, buscaba crear un salvavidas contractual en ocasión a la iliquidez del consorcio y esperando que el mismo cumpliera con todo lo obligado, tal como se ha probado al interior del proceso. Pero de igual connotación ha de verse que dichos actos de remate en cuantía de $671.628.902,00, a un valor contractual final de $5.154.160.374 incluido el IVA, hacen parte del cúmulo de incumplimientos y por ende el amparo encaja de manera típica y exacta en la garantía ofrecida, por tal razón no existe duda alguna que la compañía seguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., por la póliza de cumplimiento antes mencionada, debe hacer parte del presente proceso de responsabilidad fiscal en calidad de TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Y concluye la **CGR** que:

“[…] Tanto CONSTRUCCIONES DAYKA LTDA., CONCORPE S.A., como JORGE ALBERTO ISAAC CURE, como miembros del consorcio contratista, creadores de la figura jurídica para contratar “CONSORCIO”, responden de manera solidaria, indivisible y en bloque por las faltas de orden fiscal que cometiesen en desarrollo de sus actividades contractuales.

**Es claro que aquí cada uno de ellos responde a título de culpa grave, como coautores por orden legal del incumplimiento que realziaron conforme a la ejecución del contrato de obra No. 0086 de 2005, pues ellos no pueden separarse y deshacer su responsabilidad, así se haya vinculado a cada uno de ellos de manera separada**.

**Por ende, de acuerdo a lo probado durante el proceso, el despacho entra a graduar como CULPA GRAVE la conducta de todos y cada uno de los miembros del Consorcio Riogrande (…), se soporta normativamente en el artículo 63 del Código Civil Colombiano (…), el incumplimiento de los contratistas, sin lugar a duda quebrantaron en lo ya detallado, no observaron el plazo último del 26 de junio de 2007 para la entrega final de la grúa contenedora y los faltantes de obra, por lo cual su omisión originó directamente el daño en cuestión**.

(…)

**Como existe incumplimiento por parte del consorcio contratista, se afectará el amparo de CUMPLIMIENTO, así:**

**Cuantía del amparo: $515.416.037, Póliza No. 053603094, expedida por Seguros del Estado S.A., junto a todas y cada una de sus prórrogas y modificaciones**, se incorporarán al presente fallo, por existir el deber legítimo de esta instancia de tener en calidad de tercero civilmente responsable a la COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO S.A. […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Contra este fallo con responsabilidad fiscal fueron interpuestos los recursos de reposición y, en subsidio apelación, los que se resolvieron a través de los demandados **Autos núms. 01 de 22 de enero de 2013** y **000202 de 1o. de marzo de 2013**, expedidos por la propia Gerencia Departamental Colegiada Santander y la Dirección de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la **CGR**, respectivamente, en el sentido de denegarlos y confirmar así la condena fiscal de marras.

En este sentido, esta Corporación judicial ha determinado que, conforme alo dispuesto en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80, los contratistas deben prestar garantía única que avale el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado, cuya vigencia se entenderá extendida hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos[[26]](#footnote-26), así:

“[…] **Los contratos de seguro celebrados para garantizar las obligaciones derivadas del contrato estatal se constituyen en una tipología contractual especial dentro de los demás contratos de seguro, pues por medio de éstos lo que se procura es garantizar y respaldar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista en su calidad de colaborador de la administración, asegurar la ejecución del objeto contractual, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como también el cumplimiento de las finalidades estatales**[[27]](#footnote-27).

Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual, **así como también proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en los que incurra el contratista**.

Ahora bien, atendiendo a la finalidad primordial de ésta tipología especial de contrato tendiente a procurar la satisfacción de los intereses generales o finalidades estatales y de preservar el patrimonio público, no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público, consagradas fundamentalmente en los artículos 5º No. 4º, 18 inciso final, 25 No. 19, 41 inciso segundo y 60 último inciso de la ley 80 de 1993; 7º de la Ley 1150 de 2007, así como también en el Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.

**De ésta forma, por vía del marco normativo al que se alude se le exige a los contratistas particulares la obligación de constituir una garantía única por medio de la cual se aseguren los posibles riesgos o siniestros que se puedan generar con ocasión de la celebración, ejecución y liquidación de los contratos Estatales e incluso los generados en la etapa post contractual, normas que son de orden público, pues por medio de las mismas lo que se busca es proteger el patrimonio público de eventuales detrimentos** […]”[[28]](#footnote-28) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con todo, el carácter especial de estos contratos de seguro que sirven de garantía en los contratos estatales, los diferencia de aquellos suscritos entre particulares en la medida que “[…] colabora en el desempeño de la función pública, primero porque asegura la ejecución oportuna del objeto contractual **y segundo, porque protege el patrimonio estatal del daño derivado de un cumplimiento tardío o de un incumplimiento definitivo por parte del contratista** […]”[[29]](#footnote-29) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La finalidad de esta clase especial de contratos de seguro, es la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante (artículo 3º, Ley 80), por lo que resulta indiscutible entonces que el contrato de seguro también participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la que se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales, de manera que sus regulaciones son especiales[[30]](#footnote-30).

Con fundamento en lo anteriormente descrito, la Sala se permite concluir, en primer lugar, y contrario a lo señalado por la parte actora en su recurso de apelación, que las obligaciones contractuales que se evidenciaron incumplidas tanto por la entidad **CORMAGDALENA**, -de forma inicial en su Resolución núm. 000064 de 16 de febrero de 2009-, como por la **CGR**,-en desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal que derivó en la expedición de las condenas acusadas en el asunto bajo examen-, sí hacen parte de las pactadas en el marco del Contrato de Obra núm. 0-0086 de 2005 celebrado entre esa Corporación Autónoma Regional y el **CONSORCIO RÍO GRANDE**.

Basta para ello recordar que el objeto del mismo era la construcción del muelle de Galán Etapa 2 en el municipio de Barrancabermeja (Santander) y en el Acta final de 26 de junio de 2007 -con su Anexo núm. 001-, fue el propio contratista quien se comprometió ante la interventoría, en desarrollo de ese contrato y ante los palmarios retrasos, a ejecutar las obras que aún no había entregado, las cuales mantenian su estado de inacabadas y faltantes al momento de ser sometidas al escarnio fiscal de la **CGR**.

Por lo mismo, sí se trata de un incumplimiento contractual a título de culpa grave del **CONSORCIO RÍO GRANDE**, el que no solo inobservó el último plazo (de varios) de la referida Acta de 26 de junio de 2007 para la entrega final de la grúa contenedora y los faltantes de obra allí descritos, sino que aquél sí corresponde a uno de los riesgos asumidos por el proveedor de su garantía única, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, mediante la PÓLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL núm. 053603094 de 29 de diciembre de 2005, que incluyó el amparo de **CUMPLIMIENTO** desde esa fecha hasta el 20 de octubre de 2017, por la suma asegurada de $515.416.037,40, según consta en el Anexo núm. 8 de 3 de julio de 2007[[31]](#footnote-31). En efecto, al interior de los anexos de esa póliza se describe el amparo de cumplimiento que indica, “[…] cubre a las entidades estatales contratantes **contra los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado** […].

En segundo lugar, la Sala advierte que al margen de que la modalidad de pago pactada en el citado contrato de obra haya correspondido a la del sistema de precios unitarios, lo cierto es que al final del periplo contractual se constató que el **CONSORCIO RÍO GRANDE** **le quedó debiendo a CORMAGDALENA la suma de $671.628.902 (actualizada a $737.425.450,00) por obra pagada y no ejecutada y/o ejecutada sin el cumplimiento de las especificaciones técnicas**, luego que, al valor total de la cuantía aceptada y pagada por **CORMAGALENA** de $968.425.250,74, se le descontara la cifra de $296.796.349 equivalentes a cantidades de obra que sí le fueron reconocidas y pagadas al contratista.

Por lo tanto, de dicha cifra, fue imputado el monto de $515.416.037,40 a la mencionada póliza única, correspondientes al tope de la garantía que respaldó el citado riesgo consumado, luego de haber sido vinculado **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** como tercero civilmente responsable de ese incumplimiento, en consonancia con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 610:

“[…] **Articulo 44. Vinculación del garante.** Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, **se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.**

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 […]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de esta norma, determinó lo siguiente:

“[…] El carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de seguro.

Así las cosas, para la Corte es claro que el juez del contrato de seguro no cambia por el hecho de la existencia de la disposición que se acusa.

Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido en la norma acusada **que permite, por economía procesal, vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado.**

**No sobra recordar al respecto que del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, “pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios”. Y que en todo caso como también ya se señaló por la Corte “la vinculación de la Compañía de seguros está determinada por el riesgo amparado, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas**”[[32]](#footnote-32).

4.2 En lo que se refiere a las garantías en el proceso de responsabilidad fiscal la Corte ya señaló que en el presente caso no puede considerarse vulnerado el derecho de defensa y en general el debido proceso de la compañía de seguros puesto que esta “dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal**”. La norma acusada señala en efecto que vinculada al proceso la compañía de Seguros en calidad de tercero civilmente responsable ésta” tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado”**.

Al respecto téngase en cuenta que la actuación adelantada por las contralorías se cumple en un proceso de naturaleza administrativa[[33]](#footnote-33) y que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad fiscal constituye un acto administrativo, que como tal, puede ser objeto de los recursos en la vía gubernativa - artículos 49 a 61 del C.C.A- de la misma manera que puede ser impugnado ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo[[34]](#footnote-34).

Téngase en cuenta, así mismo, que como lo ha señalado la Corporación en reiteradas ocasiones en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso (artículo 29 C.P.) en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas (artículo 209 C.P.) […]”[[35]](#footnote-35).

En este mismo sentido, la Sección ha hecho las siguientes precisiones, que ahora se prohíjan:

“[…] Para la Sala es claro que se debe tener en cuenta la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio, antes citado, **toda vez que la vinculación que tiene la Compañía de Seguros a través del acto impugnado, se hace con base en una Responsabilidad Civil y no en una Responsabilidad Fiscal y, el grado de aquella, está dado por los límites a los términos del aseguramiento, ya que su vinculación se deriva únicamente del Contrato de Seguro, y tal vínculo merece una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo de la garantía**. Es esa la postura de esta Corporación, para lo cual se transcribe los apartes conducentes de la sentencia de 17 de junio de 2010 expediente 2004 00654. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

“[…] **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 específicos** (…) 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 […]”[[36]](#footnote-36).

 (…)

**Tan acertada conclusión, tiene su fundamento en la interpretación de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza al reemplazar a la entidad tomadora y asegurada por no haber hecho efectiva tal póliza y, en tal sentido, se ha de advertir 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 culmine no hay título a ejecutar, sino una acción declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo complejo, que lo conformará dicha póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordene, se reitera, hacer efectiva la póliza** […]”[[37]](#footnote-37) (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con fundamento en todo lo expuesto, los argumentos de apelación de la actora no solo no son procedentes sino que, valga la pena señalar, están dirigidos a cuestionar el trasfondo de la actitud negligente de su cliente -**CONSORCIO RÍO GRANDE**- y a auscultar los motivos por los cuales deshonró sus obligaciones, escenarios ajenos a los abordados en el proceso de responsabilidad fiscal en el que quedó demostrado un incumplimiento contractual susceptible de ser resarcido al Estado. Bajo estas consideraciones y como quiera que los cargos de impugnación no desvirtúan la presunción de legalidad que ampara los actos demandados, la Sala procederá a confirmar la sentencia impugnada, como efecto lo dispondrá en la parte resolutiva 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,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia de 18 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

**SEGUNDO:** Una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**TERCERO:** El contenido de la presente providencia, publíquese en la página web del Consejo de Estado.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de junio de 2020.

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

 **Presidenta**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

1. Folios 276 a 318. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 331 a 336: “[…] CORREGIR el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de 18 de septiembre de 2014 en los siguientes términos: “SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante, en consecuencia, por Secretaría. LIQUÍDANSE las costas procesales, de conformidad con la parte motiva de esta decisión” […]”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 1 a 138 y 141 a 152. [↑](#footnote-ref-3)
4. “[…] Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías […]”. [↑](#footnote-ref-4)
5. “[…] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública […]”. [↑](#footnote-ref-5)
6. “[…] Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos […]”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 189 a 217. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 221 a 240. [↑](#footnote-ref-8)
9. “[…] Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen […]”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 276 a 318. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 331 a 336: “[…] CORREGIR el numeral 2º de la parte resolutiva de la sentencia de 18 de septiembre de 2014 en los siguientes términos: “SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante, en consecuencia, por Secretaría. LIQUÍDANSE las costas procesales, de conformidad con la parte motiva de esta decisión” […]”. [↑](#footnote-ref-11)
12. “[…] 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 […]”. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 323 a 327. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 8, alegatos SEGUROS DEL ESTADO S.A. (cuaderno apelación). [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 9 a 31, alegatos CGR (cuaderno apelación). [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 33 (cuaderno de apelación). [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 35 a 37 (cuaderno de apelación). [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 32 a 57. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 58 a 75. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 76 a 97. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 108 a 113 [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 98 a 107. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 97 y 98. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folios 127 a 136. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folios 116 a 126 [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 30 de septiembre de 2019, número único de radicación 05001-23-31-000-2001-00780-01 (46239), Consejero ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 2009, número único de radicación 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 20 de febrero de 2017, número único de radicación 25000233600020130206201 (53839), Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver también al respecto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 2 de agosto de 2018, número único de radicación 25000-23-26-000-2002-02056-02(37317), Consejero ponente María Adriana Marín. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 29 de noviembre de 2003, número único de radicación 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929), Consejero ponente Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de julio de 2013, número único de radicación 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505), Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 107. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte Constitucional, sentencia C-648 de 13 de agosto de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. [↑](#footnote-ref-32)
33. Como se señaló en la Sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002 “[…] Ciertamente, la Corte ha entendido que los órganos de control llevan a cabo una administración pasiva que consiste en la verificación de la legalidad, eficacia y eficiencia de la gestión de la administración activa, esto es, aquella que es esencial y propia de la rama ejecutiva, aunque no exclusiva de ella, pues los otros órganos del Estado también deben adelantar actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines […]”. En este sentido, “[…] la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (…) Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la administración activa […]”. Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998, Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. [↑](#footnote-ref-33)
34. Sobre el particular ver el análisis efectuado en Corte Constitucional, sentencias C-557 de 31 de mayo de 2001, Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa, T-1159 de 1o. de noviembre de 2001, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño y C-832 de 8 de octubre de 2002, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte Constitucional, sentencia C-735 de 26 de agosto de 2003, Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de junio de 2010, número único de radicación 25000-23-24-000-2004-00654-01, Consejero ponente Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de agosto de 2013, número único de radicación 50001-23-31-000-2003-00085-02, Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno. [↑](#footnote-ref-37)