

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000232400020050153301  
AUTORIDADES NACIONALES  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 3 de Junio de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, mediante la cual negó las excepciones propuestas por la entidad de control demandada y denegó las pretensiones de la demanda en virtud de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la sociedad Liberty Seguros S.A., contra la Contraloría General de la República.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

La sociedad Liberty Seguros S.A. por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, contra la Contraloría General de la República, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

#### 1.1. Pretensiones:

-Declarar la nulidad del artículo segundo, literal b) y del artículo cuarto literal b) de la parte resolutive del auto del 30 de diciembre de 2004, expedido por el Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, disposiciones legales mediante las cuales declaró responsable fiscalmente a la Unión Temporal Puconsa S.A. y C.D.E. Ltda., y como Tercero Civilmente

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

responsable a Liberty Seguros S.A., dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 242.

-Declarar la nulidad del auto del 19 de mayo de 2005, mediante el cual se confirmó el fallo con responsabilidad fiscal del 30 diciembre de 2004, al resolver la Dirección de Investigaciones Fiscales, el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora Liberty S.A.

-Declarar la nulidad del auto N° 0392 del 16 de agosto de 2005, mediante el cual confirmó el fallo con responsabilidad fiscal proferido el 30 de diciembre de 2004, proferido por la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora.

-Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los autos demandados, se declare que Liberty Seguros S.A., no está obligada a pagar suma alguna en virtud de la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales N° 396028 y se ordene a la demandada, restituir actualizados los dineros que haya pagado o llegare a pagar en virtud de la póliza citada.

Como pretensiones subsidiarias de las principales, se solicita que se declare que la acción derivada del contrato de seguro instrumentado en la póliza N° 396028 prescribió, contrato cuyo objeto era garantizar el cumplimiento y buen manejo del anticipo del contrato N° 260 suscrito el día 30 de diciembre de 1997 entre CAJANAL EPS y la Unión Temporal Puconsa. Que como consecuencia de la declaratoria de prescripción anterior, se declare que la actora no estaba obligada a pagar ninguna suma de dinero ni a cumplir lo ordenado en los autos demandados, por lo que deberá la demandada, restituir los dineros que haya pagado la actora, en virtud de la póliza de cumplimiento N° 396028.

## **1.2. Hechos:**

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Fueron narrados en los siguientes términos por el apoderado de la sociedad actora. La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EPS, suscribió con la Unión Temporal Puconsa S.A.-Equipo Universal Ltda. y con C.D.E. Ltda. el contrato N° 260 de 1997, cuyo objeto era realizar y entregar a CAJANAL, las obras de adecuación y remodelación del Centro Médico de Medellín. Que en la cláusula décima primera se fijó la garantía única con la que el contratista garantizaba el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, mediante la constitución de una póliza a favor de CAJANAL EPS, que amparara entre otros riesgos, el cumplimiento del contrato, por un valor equivalente al 10% del valor total de la inversión, con una vigencia igual al término de duración del mismo y cuatro meses más.

Para garantizar el cumplimiento del contrato N° 260 de 1997, Liberty Seguros S.A. expidió la Póliza Única de Seguro de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales N° 396028, llamando la atención en el sentido de que la Contraloría General de la República no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro suscrito, como tampoco figura como asegurada o beneficiaria de la correspondiente indemnización, por lo que la única entidad que podía pronunciarse sobre el cumplimiento del contrato y el buen manejo y correcta inversión del anticipo, sería CAJANAL EPS.

Por lo anterior, calificó de ilegal la actuación adelantada por el ente de control, por cuanto a pesar de no ostentar la calidad de asegurada ni de beneficiaria de la citada póliza, procedió a declarar como tercero civilmente responsable a la aseguradora con la consecuente afectación de la garantía, como quiera que ni en la cláusula décima primera, ni en el cuerpo de la póliza de cumplimiento N° 396028, se estableció la obligación para el contratista de garantizar el riesgo de la responsabilidad fiscal que se deriva del cumplimiento del contrato.

Indicó que mediante auto del 11 de marzo de 2004 se imputó responsabilidad fiscal a la Unión Temporal Puconsa y se declaró que la compañía de seguros demandante, debía responder en su calidad de tercero civilmente responsable, teniendo como consideraciones de la decisión las relativas a los rendimientos financieros que se dejaron de percibir con ocasión del anticipo de \$450.000.000,00 que habría recibido la contratista, al no haberse cumplido con la apertura de la cuenta o fondo especial para que los recursos obtuvieran rendimientos financieros.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Afirmó que posteriormente, mediante Auto del 30 de diciembre de 2004, la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República profirió fallo con responsabilidad fiscal dentro del proceso 242 en el que resolvió declarar como tercero civilmente responsable a la compañía aseguradora, con el fin de que respondiera por la expedición de la póliza N° 396028 y CM (certificados de modificación) N° 1067232, 1080312, 1084409 y 1054652 por valor asegurado de \$425.000.000,00, que amparaba el manejo del anticipo del contrato 260 de 1997, al tiempo que la responsabilidad fiscal la cuantificó en la suma de \$129.170.719,00.

Señaló que la anterior decisión fue confirmada mediante Autos del 19 de mayo y del 16 de agosto de 2005, al resolver los recursos de reposición y apelación, proferidos por el Director de Investigaciones Fiscales y por la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, respectivamente.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación:**

En el sentir del apoderado de Liberty Seguros S.A. los actos administrativos acusados vulneraron las siguientes normativas: los artículos 4 y 6 de la Constitución Política; 3° del CCA; 1037, 1039, 1040, 1056, 1072, 1077, 1080 y 1083 del C.Co y los artículos 52 y 53 de la Ley 80 de 1993.

Invocó la parte actora como causales de nulidad de los tres actos acusados las siguientes: i) falta de competencia de la Contraloría General de la República para afectar la póliza única de seguro de cumplimiento N° 396028; ii) nulidad por violación directa de la ley, en particular de las normas del Código de Comercio invocadas como vulneradas; iii) falsa motivación y iv) prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

En cuanto a la transgresión de los artículos 4° y 6° de la Carta Política, señaló que deviene del hecho de que la Contraloría General de la República al expedir los actos administrativos acusados de nulidad violó el principio de legalidad, por lo que al transgredir las disposiciones de rango superior citadas, incurrió también en violación directa de la ley, al infringir las normas en que deberían fundarse.

1.3.1. Respecto de la **falta de competencia de la Contraloría General de la República**, señaló que la expedición de los autos contentivos de los fallos con

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

responsabilidad fiscal carecen de respaldo normativo, por cuanto si bien es cierto, tanto la Ley 42 de 1993 como la Ley 610 de 2000 permiten la vinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, igualmente lo es que la póliza o el seguro que cubre la responsabilidad fiscal en que incurren los empleados o las entidades del Estado son las conocidas en el mercado asegurador como Póliza de Manejo y Póliza Global de Manejo del Sector Oficial. De allí que las pólizas de cumplimiento como aconteció en el presente caso, no otorgan cobertura sobre la responsabilidad en que incurran los funcionarios públicos, como quiera que se limitan al cubrimiento de la responsabilidad contractual por el incumplimiento en que incurran los contratistas, bien sea por apropiación o uso indebido del anticipo, o las multas de la cláusula penal tasada en juicio.

Por tanto según la actora, no es posible aceptar la tesis del ente de control, en torno a imputar en las pólizas de cumplimiento el riesgo de responsabilidad fiscal, ya que éste no está amparado en dichas pólizas, por ser riesgos nombrados y no a todo riesgo. En este sentido, la póliza de cumplimiento N° 396028, no cubría la totalidad del riesgo al que estaba expuesta la actividad contractual, sino solamente la responsabilidad por incumplimiento contractual que recayera en el contratista, en virtud del contrato estatal garantizado, tal y como lo dispone el artículo 1056 del C.Co; en cambio, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente de la responsabilidad contractual que ampara las pólizas de cumplimiento.

Destacó que la póliza de cumplimiento no garantiza la responsabilidad fiscal y por tanto no era posible que la Contraloría solicitara a Liberty S.A., la indemnización de un riesgo no previsto en el contrato de seguros instrumentado en la póliza de cumplimiento N° 396028, que se hizo exigible mediante los actos administrativos demandados, por cuanto tal riesgo no estaba cubierto en el seguro de cumplimiento.

Indicó que no existe ninguna disposición legal que faculte a las contralorías, para hacer efectivas las respectivas pólizas de cumplimiento, como quiera que el ente de control no es parte en el contrato de seguro tomado por la entidad contratista y en el que figura como asegurado/beneficiario la entidad estatal contratante, que es una entidad distinta de la Contraloría General de la República. Que para el caso en estudio, las parte son las siguientes: Asegurador: LATINOAMERICANA DE SEGUROS S.A. ahora LIBERTY SEGUROS S.A.; Tomador: UNION TEMPORAL

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

PUCONSA S.A.-EQUIPO UNIVERSAL LTDA. y C.D.E. LTDA.; asegurado o Beneficiario: CAJANAL EPS.

Reiteró que la Contraloría General de la República en el contrato de seguro garantizado mediante la póliza 396028, no es parte y no lo podría ser, pues no es la directamente contratante dentro del contrato 260 de 1997, por lo que resulta violentado el artículo 1037 C.Co. que define que el asegurador y el tomador son las partes del contrato de seguro y que, a pesar de que ni el asegurado ni el beneficiario son partes del contrato según el artículo 1083 **idem**, si cuentan con una importante participación dentro del contrato.

Señaló que el patrimonio que eventualmente se podría ver afectado y que era objeto de protección mediante la póliza de seguro, era el de la entidad contratante en este caso CAJANAL EPS, por lo que al no ser la Contraloría parte en el contrato de seguro, carecía de legitimidad para hacer pronunciamiento que afectara la citada póliza.

**1.3.2. La segunda causal de nulidad invocada en la demanda es la de la violación directa de la ley en que incurren los actos acusados**, al haber transgredido el artículo 1037 del C.Co., como quiera que la Contraloría General de la República no es parte, ni asegurado, ni beneficiario en el contrato de seguro suscrito instrumentado en la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales N° 396028, razón por la que la actuación contenida en el auto del 30 de diciembre de 2004 y sus autos confirmatorios, es violatoria de las normas que regulan el contrato de seguro, motivo por el cual el ente de control no podía suplir al asegurado.

En el mismo sentido que en párrafos anteriores, adujo el apoderado de la actora que resultan violentados los artículos 1039 y 1040 del C.Co., como quiera que la Contraloría desconoció que no obstante que en su favor no se contrató seguro alguno, procedió a hacer efectiva la póliza 396028; también porque si la póliza no expresó que el amparo era por cuenta de un tercero, no debió haber procedido a afectarla. A su turno indicó que el artículo 1083 **idem** fue vulnerado por el ente de control, toda vez que no tenía interés asegurable pues su patrimonio no resultó afectado sino el de CAJANAL EPS, siendo entonces esta entidad la única

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

legitimada y competente para declarar entre otras, la caducidad o terminación unilateral del contrato 260 de 1997.

Otra norma que a juicio de la aseguradora Liberty resultó vulnerada por los actos acusados, es el artículo 1077 del C.Co., según el cual al asegurado le corresponde demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida si fuere el caso, por cuanto no tuvo en cuenta los presupuestos legales y contractuales para afectar uno cualquiera de los amparos otorgados, que en el caso en estudio corresponde al amparo del anticipo entregado a la contratista.

A su turno dijo que esta norma debe ser analizada a la luz de las cláusulas 4 y 5 de las condiciones generales del contrato de seguro, relacionadas con el siniestro y el pago del siniestro, ya que el ente de control en los actos acusados, no demostró la ocurrencia del siniestro.

Para la demandante, no se amparó la responsabilidad fiscal ya que dicha situación no se encuentra entre los riesgos que la cubre; desconoció que la única que podía afectar la póliza era CAJANAL EPS ignorando el procedimiento determinado para ello; no demostró que el contratista usó o se apropió indebidamente de los dineros que supuestamente recibió como anticipo y al no demostrar que los dineros entregados no produjeron rendimientos financieros, mal podía concluir que hubo uso o apropiación indebida de los mismos por parte de la Unión Temporal, por lo que no podría materializarse el siniestro cubierto por el amparo de anticipo.

Por su parte, la violación del artículo 1056 del C.Co. se evidenció, porque la Contraloría pretende hacer efectiva la póliza de cumplimiento en amparo de anticipo derivado de hechos relacionados con la responsabilidad fiscal del afianzado, esto es, Unión Temporal Puconsa, sin que los mismos tuvieran cobertura por parte del contrato de seguro de cumplimiento.

**1.3.3. La tercera causal de nulidad es la de falsa motivación de los actos demandados,** en tanto y en cuanto la no generación de rendimientos financieros de los dineros entregados al contratista, como supuesto anticipo, no generan responsabilidad fiscal por no haberse pactado expresamente en el respectivo contrato estatal, que los mismos correspondían a la entidad estatal, por lo que se

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

deben entender de propiedad del contratista, cuyo patrimonio sería el que eventualmente se vería afectado.

Afirmó el apoderado de la demandante que en el contrato 260 de 1997, las partes contratantes CAJANAL EPS y UNION TEMPORAL PUCONSA S.A.-EQUIPO UNIVERSAL Ltda.-C.D.E. Ltda., no dispusieron sobre los rendimientos financieros derivados del anticipo entregado a la contratista, razón por la cual se consideran que estos le pertenecen al particular, por lo que no existió pérdida o detrimento patrimonial alguno para el Estado.

Por tanto, en el caso en estudio, donde se imputa responsabilidad fiscal al contratista derivada de la no generación de rendimientos financieros por el anticipo a él entregado, habría lugar al posible detrimento de un patrimonio particular pero no estatal, por lo que no es viable el proceso cuestionado contra el contratista y su garante, en su calidad de tercero civilmente responsable. De allí que la Contraloría estaba en imposibilidad de adelantar proceso de responsabilidad fiscal por el detrimento sufrido por un particular, en este caso la Unión Temporal Puconsa.

La falsa motivación del auto del 30 de diciembre de 2004 lo evidenció la actora, cuando el citado auto señaló que los recursos de CAJANAL EPS entregados en calidad de anticipo a la contratista, no fueron manejados conforme a la cláusula séptima del contrato y se violó el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, lo cual ocasionó un daño patrimonial al Estado debido a los rendimientos financieros que dejó de percibir la entidad.

Para Liberty S.A. este argumento no es de recibo, por cuanto en primer lugar, parte del presupuesto de que el anticipo siempre pertenece al Estado, desconociendo que cuando se produce el giro por parte de la entidad estatal a favor de los contratistas, el dinero deja de ser de naturaleza pública y pasa a ser privada. En segundo término, porque si bien es cierto en la cláusula séptima del contrato 2060 de 1997, se estableció que los dineros debían consignarse en una cuenta para que produjeran rendimientos financieros, no se puede perder de vista que las partes no establecieron que éstos debían ser entregados a la entidad, razón por la que mal puede pretenderse que se obtengan los frutos civiles de dineros que salieron de su patrimonio y que pasaron a ser de la contratista. Por lo anterior, se debieron haber

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

pactado los rendimientos financieros con anterioridad, de lo contrario pertenecen a la contratista.

Corolario de lo anterior, para la parte actora adolecen de falsa motivación los actos enjuiciados, en la medida en que hacen efectiva la póliza de seguro de cumplimiento expedida por la aseguradora, por hechos que no tienen cobertura en la misma, como quiera que ésta solo se extiende a cubrir los riesgos señalados en el artículo 25 numeral 19 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 16 del Decreto 679 de 1994, siempre y cuando sean derivados del respectivo contrato estatal.

Señaló que cotejada la anterior normativa frente al contrato 260 de 1997, luego de verificados los riesgos derivados del mismo, se observa que los riesgos a garantizar por la póliza, son precisamente los mismos que la ley ordenó cubrir, entre ellos el de buen manejo y correcta inversión del anticipo. Que fue en cumplimiento de lo anterior y de la cláusula décima primera del contrato, que la contratista tomó con Liberty la póliza 396028, que amparó lo relacionado con el anticipo.

Por lo expuesto, para la demandante los hechos que se le imputaron en el auto del 30 de diciembre de 2004, relativos a la no generación de rendimientos financieros derivados del anticipo entregado al contratista, no se encuentran cubiertos por la póliza garantizada, situación que no corresponde al objeto de la cobertura que se refiere al USO o a la APROPIACION INDEBIDA de esos dineros, de lo cual no existe prueba alguna en contra de PUCONSA

De otra parte, según la actora, los dineros entregados a la contratista no se pueden considerar como anticipo, como quiera que el contrato 260 de 1997, era un contrato de obra por administración delegada donde según la jurisprudencia, en estos contratos quien es titular de la obra y proporciona los recursos necesarios para su ejecución es la entidad contratante, por lo que el contratista no debe financiarla ya que actúa solo como administrador delegado.

**1.3.4. Otra razón para esgrimir la falsa motivación de los actos acusados, es que la Contraloría demandada lo que pretende es alegar un derecho que dejó de fenecer**, por cuanto la administración estaba ya imposibilitada para pretender la indemnización derivada del contrato de seguro, en atención al artículo 1081 del

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

C.Co. que tipifica que las acciones que se derivan del contrato de seguro podrá ser ordinaria que es de dos años o extraordinaria que es de cinco años, contados desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho que da origen a la acción o desde el momento en que nace el derecho, respectivamente.

Mencionó que para el caso en estudio, los hechos que fueron investigados por la Contraloría con ocasión del contrato de obra N° 260 de 1997, ocurrieron entre el 15 de abril de 1998 y el 30 de abril de 1999, que desde esa fecha hasta el momento en que se profirió el fallo de responsabilidad fiscal el 30 de diciembre de 2004, transcurrieron más de dos años de la prescripción ordinaria y cinco de la extraordinaria.

**1.3.5 La Falsa motivación también se evidencia porque la responsabilidad imputada a la contratista, con fundamento en los artículos 52 y 53 de la Ley 80 de 1993, no hace referencia a la responsabilidad fiscal, por cuanto las citas normas de la ley 80 hacen relación a la responsabilidad contractual.**

Insistió en que la responsabilidad a que aluden los artículos 52 y 53 de la Ley 80 de 1993, es la civil y penal pero no la fiscal derivada de las actuaciones administrativas, por lo que resulta evidente la falsa motivación de los actos demandados, ya que estos se fundan en una responsabilidad inexistente en las normas invocadas.

**1.4. Respecto de la pretensión subsidiaria, relativa a la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.**

Adujo el apoderado de la demandante que la Ley 610 de 2000 en su artículo 9º regula lo relativo a la caducidad y a la prescripción de la acción fiscal, fenómenos que deben aplicarse específicamente al tema de la responsabilidad fiscal, pero que frente al contrato de seguro existe una regulación especial frente al contrato de seguro que está regulada en el artículo 1081 del C.Co. Por tanto es esta la disposición que regula la prescripción en el ámbito mercantil y no la de la Ley 610 de 2000, la que debió aplicarse al presente caso.

En el decir de la actora, al exigirle la Contraloría el cumplimiento de una póliza en razón del fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

seguro, se constituye en causal de nulidad de los actos demandados. Por tanto, no comparte la tesis de la demandada según la cual, no se puede aplicar el artículo 1081 del C.Co. en materia de responsabilidad fiscal y que el término de los cinco años empieza a contarse a partir de la ejecutoria del fallo de responsabilidad fiscal, por cuanto es claro que la Contraloría desconoció los postulados de la norma especial que debía aplicarse de manera preferente que es la del Código de Comercio.

## **2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:**

### **2.1. POR PARTE DE LA UNION TEMPORAL PUCONSA S.A.**

El apoderado judicial de las sociedades Puconsa S.A. y C.D.E. Ltda. quienes conforman la Unión Temporal Puconsa S.A., vinculadas al proceso en el auto admisorio de la demanda<sup>1</sup> como terceros que podrían tener un interés directo en las resultas del mismo, al contestar la demanda afirmó lo siguiente: *“...me es prácticamente imposible establecer de manera clara e inequívoca la eventual probidad o iniquidad de lo pretendido por la accionante, de tal suerte que me resulta igualmente ilógico oponerme a las pretensiones del demandatorio. No obstante, en aras de posibilitar el derecho abstracto a la defensa de mi representada, debo precisar que tampoco me allano de plano a las mismas”<sup>2</sup>.*

### **2.2. POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**

El apoderado judicial del ente de control demandado, se opuso a las pretensiones de la demanda al afirmar que la actuación adelantada y que determinó el llamado de la Aseguradora Liberty S.A. como tercero civilmente responsable, se adelantó de conformidad con las normas que reglamentan el proceso de responsabilidad fiscal, además que los autos demandados, fueron expedidos por el funcionario

---

<sup>1</sup> Visible a folios 356 y 357 del Cuaderno 1

<sup>2</sup> El escrito de contestación de la demanda figura a folios 413 y 414 del mismo paginario

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

competente, de forma regular y con el respeto por el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa de la actora<sup>3</sup>.

Afirmó que se demostraron todos los elementos que conforman la responsabilidad fiscal en cabeza de la sociedad contratista Puconsa S.A. en su condición de gestor fiscal, contraria a la afirmación de la actora quien consideró que dada esta falencia la Contraloría carecía de competencia para adelantar un proceso en contra de los intereses de la aseguradora. De allí, que al estar plenamente demostrada la responsabilidad fiscal de la contratista derivada del incumplimiento del contrato y ante la evidencia del daño ocasionado a los recursos públicos, la culpabilidad grave de PUCONSA y la relación directa entre el daño y la conducta dañosa, es que resultaba imperioso imponer la responsabilidad fiscal en contra de la contratista y derivar de ella, los efectos económicos restitutorios que se extendieron a la aseguradora.

Aclaró que en el presente proceso de responsabilidad fiscal no se realizó valoración de la conducta de la sociedad Liberty S.A., ya que ésta no responde como responsable fiscal sino como tercero civilmente responsable, es decir, por los perjuicios que su asegurado le hubiera causado. Por las anteriores razones, descartó el cargo de la demanda, relativo a la falta de competencia de la Contraloría General de la República para expedir los actos demandados.

Respecto del segundo cargo de la demanda, relativo a la violación directa de los artículos 1037, 1040, 1083, 1077 y 1056 del C.Co., no lo compartió la entidad demandada al considerar que la responsabilidad fiscal, puede surgir tanto de la actividad desarrollada por los funcionarios públicos como de los particulares, ya que ambos pueden realizar gestión fiscal, de allí que puedan ser sujetos de responsabilidad fiscal aquellos particulares que con su actuación induzcan a la administración a cometer errores.

Destacó que la póliza N° 396028 establecía claramente la garantía con respecto al cumplimiento y buen manejo del anticipo, pago de salarios y estabilidad del contrato N° 260 de 1997, razón por la cual Liberty Seguros S.A. sí estaba llamada a responder como tercero civilmente responsable al quedar acreditado el incumplimiento del contratista con el objeto del contrato, más aun cuando la Ley

---

<sup>3</sup> Memorial que figura a folios 413 al 424 c.1

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

610 de 2000 en su artículo 44, estableció la vinculación del garante en calidad de tercero civilmente responsable.

En cuanto a la causal de nulidad relativa a la falsa motivación de los actos demandados, también fue descartado por la apoderada de la Contraloría General de la República, al considerar que no cabe duda acerca del hecho de que no se produjeron los rendimientos financieros de los dineros entregados como anticipo a la contratista, ya que el contrato fue modificado de tal manera que la contratista no contó con más recursos que los inicialmente aprobados y asignados para la terminación de la obra, que además quedó inconclusa, lo cual ocasionó un daño fiscal.

Por tanto para la Contraloría, es un hecho cierto e innegable que el buen manejo del anticipo implicaba consignar los rendimientos en una cuenta destinada para tal fin, lo cual no se cumplió en el presente caso, motivo por el cual debe responder la garante del contrato, violándose el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la falta motivación de los actos porque operó la prescripción del artículo 1081 del C.Co., señaló la vocera de la demandada que no se deben confundir los términos establecidos en este artículo, toda vez que en tratándose de responsabilidad fiscal, se debe aplicar el artículo 64 del C.CA, que establece que el término de los 5 años comienza a contarse a partir de la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal, tal y como aconteció en este caso. Por tanto, los términos en los contratos de seguro son aplicables para el sujeto de control fiscal que en este caso es Cajanal EPS, la entidad asegurada y el tomador de la póliza o contratista, pero no para su garante.

En todo caso destacó la apoderada de la Contraloría, que en el presente caso la disposición normativa a aplicar es el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, el cual establece que el término de 5 años se cuenta a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal para que la providencia quede en firme, pues este artículo es una ley de carácter especial que regula de manera específica el proceso de responsabilidad fiscal adelantado por las contralorías, descartando la supuesta prescripción alegada.

Llamó la atención en el sentido de que la vinculación de la compañía aseguradora no se hacía en virtud de que la Contraloría sea parte dentro del contrato de seguro,

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

ni porque tenga las facultades de la entidad contratante para hacer efectiva la póliza o declarar el siniestro, sino que la vinculación en el proceso de responsabilidad fiscal de Liberty obedece a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, a título de garante y en calidad de tercero civilmente responsable.

La entidad de control demandada propuso como primera excepción, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que Liberty S.A. en su calidad de tercero civilmente responsable, no tiene conocimiento directo y concreto de las circunstancias que derivaron en la declaratoria de responsabilidad fiscal, debiéndose limitar entonces a controvertir los asuntos propios de su vinculación a través de la relación contractual, pues esta es la única razón que la une con los sujetos asegurados. Por lo anterior, afirmó que la aseguradora no tiene interés legítimo para enfocarse en la defensa del accionar de su afianzado, al desbordar en cambio su margen de acción.

La segunda excepción propuesta por la Contraloría, fue la de inepta demanda, al considerar que de acuerdo con la acción interpuesta según el artículo 85 CCA, la demanda adolece de uno de los elementos esenciales sin los cuales no es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, refiriéndose a la omisión en la indicación de las normas violadas y a la ausencia de explicación del concepto de violación, según lo ordena el artículo 137 CCA, ya que no se observa una manifestación clara y expresa en la acusación, contra los actos cuestionados.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante providencia del 3 de junio de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A<sup>4</sup> no declaró probadas las excepciones propuestas por la Contraloría General de la República y, denegó las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada, el a quo no la declaró probada al precisar que debe entenderse que la aseguradora se refería era a la falta de legitimación por activa de Liberty

---

<sup>4</sup> La sentencia figura a folios 489 al 513 del Cuaderno Principal

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Seguros S.A. para promover la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que de acuerdo con el artículo 85 CCA, basta con que una persona natural o jurídica se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, para que solicite la declaratoria de nulidad del acto administrativo y que se le restablezca su derecho. Por tanto, si Liberty S.A. estimó que los autos acusados le vulneraron sus derechos, tal consideración era suficiente para que pudiera optar en forma activa con el fin de obtener la nulidad de los mismos.

Igualmente desestimó la excepción de inepta demanda, por cuanto, a diferencia de lo afirmado por la Contraloría, la demandante sí indicó las normas violadas y fue amplia y prolija la exposición que se hizo en la demanda, sobre el concepto de violación en que incurrieron los actos administrativos impugnados.

Entrando al fondo del asunto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se centró en determinar si los actos por medio de los cuales la Contraloría General de la República declaró a la demandante como tercero civilmente responsable dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 242, se ajustaron o no a la legislación que regula este tema.

Respecto del primer cargo de la demanda, relativo a la falta de competencia de la Contraloría para afectar la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 396028, no fue acogido por la primera instancia al considerar que según el fallo de responsabilidad fiscal del 30 de diciembre de 2004, la sociedad Liberty Seguros S.A. fue vinculada al proceso por haber expedido la póliza 396028 que amparaba el cumplimiento del contrato N° 260 de 1997.

En consecuencia, estimó que el ente de control actuó dentro del marco normativo previsto por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, al vincular a la compañía que emitió la póliza en calidad de tercero civilmente responsable, perdiendo solidez la afirmación de la actora según la cual la Contraloría actuó por fuera de sus competencias, como quiera que esta norma legal, facultaba plenamente para afectar la posición jurídica de la demandante en los términos previstos por la misma normatividad aplicable.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Respecto del reproche de la demandante según el cual, el riesgo de responsabilidad fiscal no estaba amparado por la póliza N° 396028, tampoco fue acogido por el a quo, al observar que la contratista incumplió con las cláusulas séptima y décima primera del contrato 260 de 1997, relativas a la forma de pago y a la garantía única. Lo anterior, al advertir que la Unión Temporal Puconsa, incumplió la obligación que tenía de crear una cuenta bancaria para el manejo del anticipo con el fin de que los recursos del Estado obtuvieran los respectivos rendimientos financieros, lo cual no ocurrió, aunado al hecho de que la póliza expedida por Liberty S.A. para amparar el contrato 260/97, tuvo como uno de sus objetos el "Buen manejo del Anticipo". De allí que no podía aducir, que el riesgo de que se trata no se encontraba amparado bajo la póliza que expidió.

Frente al argumento según el cual, el patrimonio presuntamente afectado sería el de la entidad CAJANAL EPS razón por lo cual la Contraloría no estaría facultada para reclamar por el detrimento patrimonial causado al Estado, el Tribunal afirmó que según el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, el ente de control tiene a su cargo la función de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, con independencia del patrimonio estatal que sufra de manera directa el detrimento correspondiente.

Por lo anterior, afirmó que la Contraloría ejerció cabalmente su función de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que recurrió a las garantías de la de la póliza con el fin de proteger el interés general, para resarcir el detrimento patrimonial ocasionado al erario público por el incumplimiento de la obligación contraída por el contratista, como responsable de la gestión fiscal.

Respecto del segundo cargo de la demanda, el relativo a la violación directa de la ley por quebrantamiento de los artículos 1037, 1040, 1083, 1077 y 1056 del C.Co., el Tribunal de primera instancia tampoco lo acogió, al considerar que si bien la Contraloría General de la República no es parte en el contrato de seguro lo cierto es que esta entidad obra en nombre del interés público y en salvaguarda del erario público, mediante la aplicación del procedimiento previsto en la Ley 610 de 2000, para determinar a los fiscalmente responsables y a los terceros civilmente responsables, como lo es Liberty S.A., por el hecho de que fue garante de un contrato que afectó el patrimonio de una entidad pública.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Descartó también la vulneración del artículo 1056 C.Co, pues esta disposición dice que es facultativo del asegurador amparar o no todos los riesgos, pero que en el presente caso la actora optó por amparar distintos riesgos, entre ellos, el relativo al buen manejo del anticipo según las cláusulas séptima y décima primera del contrato 260/97, que al haberse incumplido tal compromiso, mal podría invocarse dicha violación.

El a quo del mismo modo, no acogió el cargo de la supuesta violación del artículo 1077 del C.Co según el cual el asegurado no demostró la ocurrencia del siniestro, como quiera que en el presente caso de acuerdo con la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, se entiende causado con el acto administrativo ejecutoriado que declaró la realización del riesgo que ampara la póliza, es decir, mediante el auto que falló con responsabilidad fiscal en contra del asegurado.

A su turno dijo la primera instancia, que al haberse acreditado la ocurrencia del siniestro, se encuentra también comprobado el daño al patrimonio de la contratante, que lo viene a constituir el hecho de que los dineros correspondientes al anticipo del contrato N° 260 de 1997, no se consignaron en una cuenta durante el periodo comprendido entre el 15 de abril y el 31 de diciembre de 1998, de manera que no pudieron generar rendimientos financieros al Estado.

En cuanto a la supuesta transgresión del artículo 1083 C.Co., para el quo no se evidenció ya que si bien es cierto la Contraloría General de la República no obró movida porque su patrimonio se haya visto afectado de manera directa o indirecta, sino porque tiene a su cargo la función de determinar la responsabilidad fiscal y, con ello a los terceros civilmente responsables que eventualmente resulten involucrados, tal y como acontece con Liberty Seguros S.A. De allí que pierda asidero jurídico la afirmación de la actora según la cual, la entidad demandada no tendría interés para obrar en el procedimiento administrativo cuestionado.

De otra parte, en cuanto a la causal de falsa motivación de los actos administrativos demandados, la primera instancia observó que el cuestionamiento principal de la demandante radica en que se le hubiera hecho responsable fiscal, a pesar de que dicho amparo no estaba contemplado en la póliza N° 396028, cargo que fue desestimado al considerar que para el manejo adecuado del anticipo se

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

debió crear una cuenta bancaria con el fin de que los recursos del Estado, obtuvieran rendimiento financieros, obligación que fue incumplida por la contratista.

Finalmente en punto al tema de la prescripción alegada por la atora, el a quo dijo que de acuerdo con el artículo 1081 del C.Co. la prescripción ordinaria de dos años sería la que se aplicaría a CAJANAL EPS y la prescripción extraordinaria, sería la aplicable a “toda clase de personas”, como es el caso de la Contraloría General de la República que no ostenta la calidad de interesado por no ser parte del contrato de seguro.

Según el a quo, en el caso sub lite, la prescripción aplicable a la entidad demandada sería la extraordinaria que empieza a correr desde el momento en que nace el derecho que para el presente caso surge con el fallo con responsabilidad fiscal del 30 de diciembre de 2004 dentro del proceso 242, ya que mediante este fallo se estableció la ocurrencia del siniestro consistente en el incumplimiento del contrato N° 260 de 1997, razón por la que la demandante no puede aducir la ocurrencia de la prescripción porque fue en ese mismo acto administrativo que se estableció el hecho generador de responsabilidad para Liberty Seguros S.A.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La sociedad Liberty Seguros S.A. por conducto de apoderado judicial interpuso y sustentó recurso de apelación<sup>5</sup>, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Revisado el contenido del recurso de apelación, el apoderado de la aseguradora demandante recurrió a los mismos argumentos que fueron esgrimidos en la demanda, como quiera que ninguno de ellos fueron acogidos por la primera instancia. Se observa que reiteró en idénticos términos los cargos invocados en la demanda como causales de controversia frente al fallo apelado, motivo por el cual se abstendrá la Sala de volverlos a enunciar.

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

---

<sup>5</sup> Figura a folios 6 al 43 del Cuaderno 1

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

No emitió concepto durante esta etapa procesal el Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante esta Corporación.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de Contraloría General de la República presentó escrito de alegatos de conclusión<sup>6</sup>, en el que solicitó sea confirmada la decisión adoptada por el a quo el 3 de junio de 2010 y se denieguen las pretensiones de la demanda. Por su parte, el apoderado de la sociedad Liberty Seguros S.A. <sup>7</sup> reiteró los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación mediante los cuales procura la revocatoria de la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 6.1. Los Actos Administrativos demandados

La parte resolutive de los actos objeto de nulidad, son del siguiente tenor literal:

“CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA  
CONTRALORIA DELEGADA PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS  
FISCALES Y JURISDICCION COACTIVA  
DIRECCION DE INVESTIGACIONES FISCALES

DIF-82114  
Bogotá, D.C., 30 de diciembre de 2004

FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

REFERENCIA

PROCESO N°: 242  
ENTIDAD: CAJANAL  
IMPLICADOS: RICARDO LEON PARRA CASTRO  
C.C. 19.233.344

LUIS MIGUEL ESCOBAR MEDINA  
C.C. N° 12.560.436

RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS  
C.C. 91.254.964

<sup>6</sup> Obra a folios 58 al 63 del Cuaderno de Segunda Instancia

<sup>7</sup> Figura a folios 68 al 134 Cuaderno de segunda instancia

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

830.009.736-4,  
Puyana

UNION TEMPORAL PUCONSA LTDA.  
Conformada por PUCONSA S.A. NIT  
Y C.D.E. LTDA., NIT 890.206.034-5  
Representada legalmente por Fernando José

ALFONSO DE JESES MEJIA VELEZ  
C.C. N° 98.543.439

(...)

### RESUELVE

**PRIMERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, en cuantía de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$1.932.574.559,00), en contra de RICARDO LEON PARRA CASTRO** identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.233.344, por los daños ocasionados al patrimonio del Estado, con ocasión de los contratos N° 260, 263 de 1997, según las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL SOLIDARIA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este Fallo, en contra de las siguientes personas y en cuantía de ciento veintinueve millones ciento setenta mil setecientos diecinueve pesos (\$129.170.719,00):**

- A. LUIS MANUEL ESCOBAR MEDINA, C.C. N° 12.560.436
- B. UNION TEMPORAL PUCONSA LTDA, conformada por PUCONSA S.A. Nit N° 830.009.736-4 y C.D.E. LTDA. Nit. 890.206.034-5.
- C. ALFONSO DE JESUS MEJIA VELEZ, C.C. N° 98.543.439, por los daños ocasionados al patrimonio del Estado, con ocasión del manejo irregular del anticipo entregado dentro del contrato N° 260 de 1997.

**TERCERO: FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL en contra de RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS,** identificado con la cédula de ciudadanía N° 91.254.964, por valor de VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$22.226.465,00), por los daños ocasionados al patrimonio del Estado, con ocasión del manejo irregular del anticipo entregado dentro del contrato N° 260 de 1997.

**CUARTO: DECLARAR como TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES a las siguientes Compañías de Seguros:**

- a. **LA PREVISORA S.A. Nit 860.002.400-2,** quien deberá responder hasta por la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000,00), al expedir la Póliza Global de Manejo N° U-0396116, vigencia 15 e mayo de 1997 al 15 de mayo de 1998, la cual

ampara la gestión del doctor RICARDO LEON PARRA CASTRO, en su condición de Director General de la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL EPS y alcances fiscales e incorporar esta póliza al presente Fallo, teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal se cuantifica en la suma de MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$1.932.574.559,00), de acuerdo con el numeral primero de la parte resolutive.

- b. **LATINOAMERICANA DE SEGUROS**, con Nit N° 860.009.192-7, hoy LIBERTY SEGUROS, Nit 860.009.192-7 quien deberá responder por la expedición de la Póliza N° 396028 y CM (Certificados de Modificación) Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, por valor asegurado hasta de CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESOS (\$425.000.000,00), la cual ampara el Manejo del Anticipo del Contrato N° 260 de 1997, suscrito entre CAJANAL y la UNION TEMPORAL PUCONSTA LTDA. e incorporar esta Póliza al presente Fallo, teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal se cuantifica en la suma de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SETENTA MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$129.170.719,00).
- c. **SEGUROS DEL ESTADO**, con Nit N° 860.009.578-6, quien deberá responder hasta por la suma de VEINTIDOS MILLONES DOSCINETOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS SESTA Y CINCO PESOS (\$22.226.465,00), al expedir la Póliza N° 971555208 y CM (Certificado de Modificación) N° 375522, por valor asegurado hasta de SESENTA Y TRES MILLONES (\$63.000.000,00), la cual amparaba el Manejo del Anticipo del Contrato N° 269 de 1997, suscrito entre CAJANAL y RAFAEL ANTONIO SALCEDO CARDENAS e incorporar esta Póliza al presente Fallo.

**QUINTO.** NOTIFICAR personalmente el presente FALLO, conforme a los artículos 44 y 45 del CCA a las siguientes personas, haciéndoles saber que contra esta providencia proceden los recursos de reposición ante esta misma Dirección y subsidiario de apelación por ante el Despacho de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, los cuales deben interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación:

(...)

**SEXTO.** Por Secretaría Comùn, envíese el expediente al superior jerárquico, a fin de que surta el grado de consulta.

**SEPTIMO.** La presente providencia presta mérito ejecutivo una vez en firme, en consecuencia debe darse traslado a la Dirección de Jurisdicción Coactiva y a la Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, con el fin de que las personas señaladas en los artículos primero, segundo y tercero de esta providencia sean incluidas en el Boletín de Responsables Fiscales.

COMUNIQUESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

JUAN MANUEL VARGAS AYALA

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

### Director de Investigaciones Fiscales”

No se transcriben las partes resolutivas de los autos del 19 de mayo de 2005 proferido por el Director de Investigaciones Fiscales ni del auto del 16 de agosto de 2005 expedido por la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, como quiera que al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal proferido el 30 de diciembre de 2004, resolvió confirmarlos en todas sus partes mediante similares argumentos a los esgrimidos en los actos recurridos.

### **6.2. Cuestión procesal previa. Sobre el impedimento**

Mediante escrito de fecha 3 de junio de 2015, el señor Consejero de Estado, GUILLERMO VARGAS AYALA, manifestó encontrarse impedido para actuar en el proceso de la referencia, invocando para ello la causal prevista en el numeral 1º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup>.

Lo anterior, al manifestar que el doctor Juan Manuel Vargas Ayala quien es su hermano, se desempeñó como Director de Investigaciones Fiscales en la Contraloría General de la República durante el periodo 2002-2006.

En Sala del día 18 de junio de 2015, la Sala encontró acreditada la causal invocada en vista de que los actos administrativos demandados contenidos en el Fallo con Responsabilidad Fiscal de fecha 30 de diciembre de 2004 y el Auto del 19 de mayo de 2005, que al resolver el recurso de reposición interpuesto por la Aseguradora Liberty S.A. contra el fallo con responsabilidad fiscal decidió confirmarlo, fueron suscritos por el doctor Juan Manuel Vargas Ayala, en su condición de Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República.

En vista de que tal y como lo advirtió el señor Consejero Vargas Ayala, su familiar podría tener interés en el resultado del proceso, la manifestación de impedimento

---

<sup>8</sup> Artículo 150. Causales de Recusación. Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso (...)

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

presentada le fue aceptada, mediante Auto del 18 de junio del presente año anexo al expediente.

### **6.3. Planteamiento del debate jurídico. Delimitación del recurso de apelación**

En vista de que la providencia objeto de impugnación proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de la demanda dentro de la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho deprecada por la compañía de seguros Liberty S.A., ésta interpuso recurso de apelación con los mismos argumentos de la demanda, motivo por el cual entrará la Sala a analizarlos, con el fin de determinar si le asiste o no la razón a la primera instancia en haber denegado las pretensiones de la acción o si habrá de revocarse dicha decisión.

Sea lo primero señalar, que el motivo central de inconformidad planteado en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la actora, lo constituyen las decisiones adoptadas en el artículo segundo literal b) y en el literal b) del artículo cuarto de la parte resolutive del fallo con responsabilidad fiscal, contenido en el auto del 30 de diciembre de 2004, expedido por la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, disposiciones normativas mediante las cuales se declaró responsable fiscalmente a la Unión Temporal Puconsa Ltda. y como Tercero Civilmente Responsable a Liberty Seguros S.A.

Siendo ello así, este fallo se pronunciará si era o no procedente la vinculación como garante de la aseguradora Liberty en calidad de tercero civilmente responsable y, si operó o no el fenómeno de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro. Por tanto, la Sala se abstendrá de acceder a la pretensión de la demandante en el sentido de que se declare la nulidad del literal b) del artículo segundo del fallo del 30 de diciembre de 2004, como quiera que este asunto no se cuestionó dentro del recurso a pesar de que en la demanda si fue puesto en entre dicho por Liberty S.A. En suma, frente a esta pretensión, no habrá pronunciamiento de la Sala.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Según los antecedentes administrativos que obran en el expediente, se observa que el fallo con responsabilidad fiscal lo profirió el ente de control demandado, dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° 242, adelantado en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EPS, por hechos relacionados con la inadecuada administración de los recursos públicos entregados a la contratista UNION TEMPORAL PUCONSA LTDA. conformada por PUCONSA S.A. y C.D.E. LTDA., con ocasión de la ejecución del contrato N° 260 de 1997, debido a que dichos dineros no generaron los rendimientos financieros pactados en el contrato.

De allí, que la Dirección de Investigaciones Fiscales, hubiera declarado civilmente responsable a la actora en calidad de tercero civilmente responsable, por la expedición de la Póliza N° 396028 y CM (Certificados de Modificación) Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, la cual amparaba el manejo del anticipo del contrato N° 260 de 1997 suscrito entre CAJANAL y la UNION TEMPORAL PUCONSA LTDA., por la suma de \$129.170.719.

La anterior decisión fue en su momento objeto de interposición de los recursos de reposición y apelación por parte de la compañía de seguros, los cuales fueron confirmados en su integridad mediante los autos del 19 de mayo y del 16 de agosto ambos de 2005, expedidos por la Dirección de Investigaciones Fiscales y por la Contralora Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva respectivamente, actos administrativos que también fueron objeto de la presente demanda.

### **6.3.1. Respecto de la vinculación de la actora como Tercero Civilmente Responsable**

Para la Sala el tema central de discusión consiste en determinar si el anticipo del dinero entregado a la contratista con ocasión del contrato N° 260 de 1997 por el hecho de que no generó rendimientos financieros, estaba amparado por la Póliza N° 396028, como quiera que en el decir de la empresa demandante, no estaba legalmente obligada a responder ya que esta clase de pólizas no amparan la responsabilidad fiscal sino la contractual.

Frente al primer argumento de inconformidad esgrimido en la apelación, referente a que para la sociedad actora, la Contraloría carecía de competencia para afectar la

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

póliza de cumplimiento pues ésta no tiene cobertura sobre la responsabilidad fiscal, como quiera que las pólizas de cumplimiento solo cubren la responsabilidad contractual, por el incumplimiento en que incurran los contratistas, la Sala observa que el dilema planteado es el de determinar si jurídicamente la actora podía o no ser vinculada a la actuación administrativa fiscal y ser declarada civilmente responsable, en la cuantía amparada por dicha póliza, por el hecho de que los recursos de CAJANAL EPS entregados en calidad de anticipo a la contratista Unión Temporal Puconsa Ltda, no fueron manejados conforme lo establecían el contrato 260 de 1997 y el artículo 25, numeral 20 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que no generaron rendimientos financieros para la entidad, configurándose de esta manera el daño al patrimonio de CAJANAL EPS.

Para poder dirimir este argumento, resulta imperioso citar las razones esgrimidas en el fallo con responsabilidad fiscal objeto de demanda, por las cuales fue vinculada la sociedad actora como tercero civilmente responsable:

“El artículo 44 de la Ley 610 de 2000, establece: ‘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.’

Teniendo en cuenta que para garantizar el buen manejo del anticipo, los contratistas adquirieron las correspondientes pólizas que amparaban ese riesgo, se vinculò a las Compañías Seguros del Estado con NIT N° 860.009.578-6, por concepto de la póliza N° 971555208 y CM (Certificado de Modificación) N° 375522 que amparó el riesgo hasta por cuantía de \$63.000.000,00 en el Contrato N° 269/97 (folio 1620 y ss) y a LATINOAMERICANA DE SEGUROS NIT N° 860.009.192-7, hoy LIBERTY SEGUROS S.A., que expidió la póliza N° 396028 y CM (Certificados de Modificación) Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, hasta por el monto de \$425.000.000,00, en razón del Contrato N° 260/97 (folios 333 C-7)

(...)

El contrato de seguros como todo contrato estatal se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, del cual surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello hubiere lugar, pues ella hace parte de los compromisos adquiridos 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 manejo de sus negocios.

El riesgo asegurado de buen manejo e inversión del anticipo es obligatorio en todos los contratos estatales, teniendo en cuenta que el

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

anticipo es aquel dinero de propiedad de la Entidad, que entrega a los contratistas para que estos inicien la ejecución de las obras, el que tendrá que generar rendimientos para su dueño, pero que en ningún momento los rendimientos han sido cedidos a los contratistas, ni se consideran como parte del pago.

El buen manejo del anticipo incluye naturalmente cumplir las cláusulas contractuales estipuladas en el mismo y que en el presente caso señalaban abrir una cuenta que generara rendimientos financieros, por lo tanto su incumplimiento, genera responsabilidad y afecta las garantías constituidas en ese sentido. La ley 610 no hace diferencia alguna entre pólizas globales y de cumplimiento como se observa de la lectura simple de su artículo 44 y de lo anotado por la jurisprudencia antes citada.”

De acuerdo con los apartes suscritos, observa la Sala que para la Contraloría General de la República, la vinculación de Liberty S.A. como tercero civilmente responsable resulta por el hecho de haber expedido la póliza 396028 y los respectivos certificados de modificación que sí amparaban el riesgo denominado “buen manejo del anticipo”, que a su vez implicaban el cumplimiento de las cláusulas contractuales y que al no haber sido consignado el dinero del anticipo en una cuenta que generara rendimientos financieros, la contratista incumplió por lo que resulta comprometida su responsabilidad fiscal, de allí que se afectara la garantía constituida, como lo era la póliza expedida por la actora.

Consultado el material probatorio (que conforma el expediente con más de nueve cuadernos), figura a folios 51 al 63 del Cuaderno N° 1, copia del **CONTRATO NUMERO: 260 de 1997**, suscrito entre la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EPS y la UNION TEMPORAL PUCONSA S.A. -EQUIPO UNIVERSAL y C.D.E. LTDA., cuyo OBJETO era la ADECUACION Y REMODELACION DEL CENTRO MEDICO DE MEDELLIN, mediante el SISTEMA DE ADMINISTRACION DELEGADA; por VALOR de OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$850.000.000,00) durante un PLAZO de OCHO (8) MESES.

La cláusula séptima del contrato 260 de 1997, establece la FORMA DE PAGO, así:

“CAJANAL EPS, girará al Administrador Delegado, el valor de la inversión, mediante giro de fondos que deberán consignarse en una cuenta que para el efecto se abrirá en una Entidad Financiera, a nombre de la obra, la que será manejada por el sistema de Fondo Especial o Cuenta. De conformidad con el numeral 20 del Artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y con el fin de que los recursos del Estado obtengan rendimientos financieros. La Subdirección Administrativa y Financiera determinará la entidad donde deben manejarse los recursos. La cuenta

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

deberá abrirse dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega de los recursos monetarios, de conformidad con las instrucciones que al efecto se le imparta por parte de CAJANAL EPS, cuya cuantía inicial será del cincuenta (50%) del valor de la inversión. (...)” (subrayas fuera de texto)

La importancia de esta cláusula radica en que en ésta, las partes acordaron que el pago efectuado por CAJANAL a la contratista UNION TEMPORAL PUCONSA S.A. y C.D.E. LTDA., estaba supeditado a que esta empresa tenía la obligación de abrir una cuenta en una entidad financiera según el sistema de fondo especial o cuenta, **CON EL FIN DE QUE LOS RECURSOS DE CAJANAL OBTUVIERAN RENDIMIENTOS FINANCIEROS**, de acuerdo con los términos del numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de octubre 28 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, que establece lo siguiente:

“**Artículo 25º.-** *Del Principio de Economía.* En virtud de este principio:  
(...)”

20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo **que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras** y el pago oportuno de lo adeudado.” (Negritas del Despacho) (subrayas fuera de texto)

Es preciso señalar que la cláusula séptima analizada, establece también que los recursos monetarios girados por CAJANAL EPS, tendrán como cuantía inicial el 50% del valor inicial de la inversión, lo que viene a constituir a juicio de la Sala, el valor del anticipo por valor de \$425.000.000,00.

De otra parte, la Cláusula Décima Primera del contrato 260 de 1997, estipula lo siguiente:

“**GARANTÍA UNICA.** EL CONTRATISTA garantizará el cumplimiento de las obligaciones que adquiere, por el presente contrato, mediante la constitución de una póliza a favor de CAJANAL EPS, en una Compañía de Seguros legalmente establecida en la República de Colombia. Dicha póliza deberá amparar los siguientes riesgos: **a. EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**, por un valor equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la inversión, con una vigencia igual al término de duración del mismo y cuatro (4) meses más, que incluya el valor de la cláusula penal. El monto de esta garantía se repondrá, por el CONTRATISTA, cada vez que en razón de las multaS impuestas, el valor asegurado se disminuyere o agotare. **b. LA ESTABILIDAD DE LA OBRA**, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la inversión con una vigencia de cinco (5) años, contados a partir de la fecha del acta

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

final de obra. **c. EL MANEJO Y BUENA INVERSION DEL ANTICIPO,** correspondiente al ciento por ciento (100%) del valor del anticipo, con una vigencia igual al término de duración del contrato y cuatro meses más. **d. EL PAGO DE LOS SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES,** equivalente al cinco por ciento (5%) del valor del contrato, con una vigencia igual al término de duración del mismo y tres (3) años más.(...)”

De acuerdo con el contenido de la cláusula transcrita, no cabe duda para la Sala que una de las obligaciones a las que se comprometió la contratista para con Cajanal EPS, fue la de constituir una póliza que amparara entre otros **riesgos: el del MANEJO Y BUENA INVERSION DEL ANTICIPO**, que correspondía al 100% del valor del anticipo.

Ahora bien, en desarrollo de la obligación prevista en la cláusula décima primera del contrato 260 de 1997, la contratista Unión Temporal Puconsa S.A. y C.D.E. Ltda. constituyó en favor de Cajanal EPS, la **POLIZA N° 396028**, que aparece a folio 64 del Cuaderno N° 1, cuyos términos de referencia fueron los siguientes:

Se titula “POLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES (LEY 80 DE 1993). Su tomador y afianzado fue la UNION TEMPORAL PUCONSA S.A. EQUIPO UNIVERSAL LTDA. Y C.D.E. LTDA. El asegurado o beneficiario era CAJANAL E.P.S.

El valor del contrato fue de \$850.000.000,00, el valor total asegurado fue de \$637.500.000,00 discriminados así, **ANTICIPO** 50% valor asegurado \$425.000.000,00; **CUMPLIMIENTO** 10% valor asegurado \$85.000.000,00; **PAGO DE SALARIOS PREST. SOC. E INDEMNIZ.** 5% valor asegurado \$42.500.000,00; **ESTABILIDAD** 10% valor asegurado \$85.000.000,00

En cuanto al anticipo y el cumplimiento, la vigencia del contrato de seguro fue del 30 de diciembre de 1997 al 30 de diciembre de 1998, mientras que para el pago de prestaciones de salarios fue del 30 de diciembre de 1997 al 30 de agosto de 2001 y el amparo por estabilidad tuvo vigencia a partir de la fecha del acta final.

El OBJETO de la Póliza 396028 era el siguiente: *“Garantizar el cumplimiento, buen manejo del anticipo, pago de salarios y estabilidad del contrato N° 260 de 1997 referente a la adecuación y remodelación del centro médico de Medellín, por el sistema de administración delegada.”*

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

De acuerdo con la prueba documental analizada, no cabe duda para la Sala que tanto en las cláusulas séptima y décima primera del Contrato 260 de 1997 así como en la póliza de seguro de cumplimiento N° 396028, si se constituyó una póliza para EL MANEJO Y BUENA INVERSION DEL ANTICIPO al que se refiere el literal c) de la Cláusula décima primera del contrato, que correspondía al 100% del valor del anticipo y no al 50% como quedó en la póliza, fue un riesgo que quedó amparado en dicho documento contractual, contrario a como lo pretende hacer ver la sociedad actora. De allí que le asiste la razón al a quo cuando afirmó que la actora no podía aducir que el riesgo de que se trata, no se encontraba amparado bajo la póliza que expidió.

Del mismo modo, es preciso tener en cuenta las condiciones generales de la póliza 396028 a folio 72 del C.1, en las que se lee lo siguiente:

“1.2. AMPARO DE ANTICIPO

CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE CONTRA EL USO O APROPIACION INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ANTICIPADO PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO” (Subrayas del Despacho)

Y es que en lo relativo al uso indebido o inadecuado manejo que le dio la contratista a los dineros entregados por CAJANAL como anticipo, es preciso señalar que el fallo con responsabilidad fiscal, acreditó el incumplimiento por el hecho de que a pesar de que se pactó o acordó que los recursos girados serían consignados en un fondo cuenta con el fin de que generaran rendimientos financieros, -cometido que no obedece a un capricho de la contratante sino al cumplimiento de un mandato legal como lo es el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993-, al no cumplir la contratista con dicha obligación incurrió en responsabilidad fiscal y, por ende, se tenía que afectar la póliza, sin interesar que se tratara de una póliza global o, como en este caso, de cumplimiento.

Acredita el incumplimiento en la constitución de un fondo cuenta, por lo que los recursos entregados por Cajanal EPS a la Unión Temporal como anticipo no generaron los rendimientos esperados. El siguiente aparte del auto de apertura de investigación fiscal N° 182 del 10 de julio de 2000, expedido dentro de la auditoría realizada a CAJANAL EPS entre el 19 de abril y el 30 de julio de 1999, al revisar el

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Contrato 260 de 1997, encontró el siguiente hallazgo que dio luego origen al fallo con responsabilidad fiscal en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A., cuya importancia radica en que estimó el valor de los rendimientos dejados de percibir:

“17. Contrato N° 260 de 1997, celebrado entre Cajanal y Unión Temporal Puconsa, por un valor de \$850 millones y una duración de ocho (8) meses, cuyo objeto consistió en un contrato de obra por administración delegada para la adecuación y remodelación del centro médico de Medellín. Señala la Auditoría que se encuentra en mora su ejecución debido a que Cajanal no se halla a paz y salvo por pago de impuesto predial, por lo tanto la Curaduría de Medellín no ha otorgado la licencia de construcción. **Igualmente no hubo rendimientos financieros debido al apresuramiento de Cajanal en solicitar la apertura de la cuenta en el Banco SELFIN, Oficina Centro Internacional. Considera la auditoría que los intereses dejados de percibir equivalen a \$146.9 millones aproximadamente a 31 de diciembre de 1998**”. (subrayas y negritas del Despacho) (Prueba visible a folio 83 C.1.)

A su vez, corrobora lo dicho en la anterior transcripción acerca de la apertura de la cuenta bancaria, la comunicación del 22 de julio de 1998 expedida por la propia contratista en la que le informaba a Cajanal EPS, lo siguiente:

“ Ref: Cuenta Conjunta Contrato N° 260/97  
Adecuación y Remodelación del centro médico de Medellín, por el sistema de Administración Delegada

En atención a comunicación de la entidad del 25 de febrero de 1998, la cuenta corriente conjunta correspondiente al contrato de la referencia fue abierta en el sugerido Banco SELFIN. Teniendo en cuenta la inoperancia y el regular servicio prestado por dicha entidad bancaria, que en algunos casos ha entorpecido la buena marcha del contrato, solicitamos muy respetuosamente su autorización para trasladar la cuenta al BANCO GANADERO.

Todo lo anterior en concordancia con la CLAUSULA SEPTIMA. FORMA DE PAGO del contrato.” (subrayas del Despacho)

Acerca de la entrega del anticipo por parte de CAJANAL EPS a la Unión Temporal Puconsa, vale la pena señalar que obran a folios 792 al 801, los informes generales del Contrato N° 260 de 1997 rendidos por la propia contratista, en los que certificó: *“INFORME FINANCIERO: ANTICIPO: Recibido a ABRIL 15 por la suma de \$425.000.000,00”*, en los cuales no observa la Sala que dicha suma de dinero hubiera generado los rendimientos financieros esperados de lo cual debió haber quedado constancia en estos documentos, rendimientos que sí habían sido objeto de amparo tanto en el contrato 260 como en la póliza 396028.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

De otra parte resulta de importancia probatoria la comunicación dirigida por el Representante Legal de la Unión Temporal Puconsa al Tesorero de CAJANAL EPS, de fecha 15 de julio de 2003 visible a folio 1622 del expediente, en la cual dijo lo siguiente:

“3.La Unión Temporal Puconsa celebró con CAJANAL EPS el Contrato de Obra por el Sistema de Administración Delegada N° 260 de 1997, que tenía por objetivo la adecuación y remodelación del Centro Médico de Medellín.

4. Para manejar los recursos provenientes del aludido Contrato de Administración Delegada, la Unión Temporal Puconsa S.A., Equipo Universal Ltda. y C.D.E. Ltda., abrió en la Oficina Principal de Medellín del Banco Tequendama la cuenta corriente N° 10103460-1.

5. Como el Banco Tequendama saldó las mismas, dicho Banco me hizo entrega de los dos (2) cheques de gerencia que procedo a poner a su disposición, junto con el presente escrito, a saber:

a.El cheque de gerencia N° 001559 del Banco Tequendama, por la suma de \$19.936.766, para pagar el saldo que había en la cuenta corriente N° 00801159-5, así como los correspondientes rendimientos financieros.

b. El cheque de gerencia N° 001560 del Banco Tequendama, por la suma de \$1.124.676.00 para pagar el saldo que había en la cuenta corriente N° 10103460-1, **así como los correspondientes rendimientos financieros.** (negritas y subrayas fuera de texto)

Cotejada la anterior prueba con el oficio suscrito por la Coordinadora Grupo de Liquidación de Contratos de CAJANAL EPS, del 16 de julio de 2003, visible a folio 1623 del paginario, se observa que la cuenta corriente apenas generó los siguientes intereses:

“En razón a que los saldos son recursos de la entidad, le solicito muy comedidamente se reciban en la Tesorería y se apliquen de acuerdo al detalle de los extractos, así:

1.Contrato N° 260/97 Cuenta Corriente N° 10103460-1	
Saldo de la cuenta	\$783.747,40
<u>Intereses</u>	<u>340.928,60</u>
Total Cheque N° 001560	1.164.676,00”

En criterio de la Sala, no cabe duda que la omisión en la consignación del dinero del anticipo en una cuenta que NO generó rendimientos financieros, -pues es bien sabido que las cuentas corrientes no se caracterizan precisamente por el alto rendimiento en sus intereses-, se constituye en una evidencia del mal manejo o mal

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

uso que se le dio al anticipo, como riesgo que sí estaba estipulado en las cláusulas séptima y decima primera del contrato 260 de 1997 y en la póliza 396028 y CM expedidos por Liberty Seguros S.A., tal y como ya se analizaron en precedencia. Por consiguiente, era obvio que resultara afectada la vinculación de la aseguradora como tercero civilmente responsable, contrario a lo estimado por la apelante.

Por ello se ajustó a derecho lo dicho en el auto con responsabilidad fiscal objeto de nulidad, en el cual se precisó el daño patrimonial para el erario público que se generó, por la falta de los rendimientos financieros que esperaba la entidad estatal Cajanal EPS obtener por el dinero entregado a título de anticipo, en el cual dijo:

“A finales del mes de abril de 1998, la Subdirección Administrativa y Financiera entregó el valor del Anticipo al contratista Unión Temporal Puconsa S.A.-Equipo Universal por el 50% del valor del contrato, o sea \$425.000.000,00. A inicios del mes de mayo de 1998, el contratista administrador delegado envía al interventor del contrato sociedad MármOles y Arquitectura Ltda. oficio en el cual hace alusión a la apertura de la cuenta corriente en el Banco Selfin diciendo textualmente ‘en concordancia con la cláusula séptima del contrato y a la comunicación de Cajanal de febrero 25 de 1998, se procedió a la apertura de la cuenta corriente N° 112102002006 del Banco Selfin...

El concepto técnico (folio 1570) rendido por los funcionarios del Sector Social de la C.G.R., hizo una liquidación de los valores que por rendimientos financieros se habrían causado con el anticipo de \$450.000.000,00 que recibió el contratista, el día 5 de abril de 1998, el cual se calculó hasta mayo de 1999 determinándose un posible detrimento fiscal en cuantía de \$167.903.879,00 (subrayado fuera de texto)

Pierde solidez la primera causal de nulidad invocada en la demanda relativa a la falta de competencia de la Contraloría General de la República para vincular a la actora como tercero civilmente responsable, por cuanto en su condición de garante sí tenía facultad de afectar la póliza 396028, a la luz del artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

Sobre el tema de la vinculación del garante en este caso de la compañía de seguros Liberty S.A., en el proceso de responsabilidad fiscal, a título de tercero civilmente responsable, resulta ilustrativo el siguiente aparte jurisprudencial proferido por esta Sala:

“A su turno, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, señala:

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

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

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

(...)

Es así como el artículo 44 hace parte de la regulación de uno de los procedimientos administrativos necesarios para hacer efectiva esa función, así como de la correspondiente competencia de los órganos públicos titulares de dicho control estatal, señalando los supuestos que determinan tal competencia, y su alcance procedimental y sustancial o material, que a tenor del inciso segundo de la precitada norma constitucional, ello le corresponde al legislador.

Pertenece así a la normatividad que regula la organización y funcionamiento del Estado, las competencias de sus órganos y autoridades, así como el manejo, vigilancia y control de sus bienes y recursos económicos, la cual es sabido que constituye el derecho público, luego se está ante una disposición de derecho público, que como tal es de imperativa aplicación por los entes de control fiscal, y consiguientemente se sustrae de la voluntad de los particulares y de toda posibilidad de que las partes en un contrato o cualquier sujeto distinto del legislador pueda disponer algo diferente o contrario a lo que en ella se establece.

Por ende, la situación de toda póliza de seguros que se otorgue para amparar Contratos Estatales, constituye una situación legal y reglamentaria, como se sostiene en el acto acusado, que no puede ser obviada por nadie, y menos por quienes están llamados a ser sujetos pasivos o destinatarios de la norma en comento.

(...)

**De esa forma, la actora, en tanto garante del contrato motivo de los actos acusados, en especial del anticipo y del cumplimiento por el contratista del objeto del contrato, sí pasó a ser sujeto pasivo de dicha disposición y susceptible de ser afectada en el sentido que prevé, esto es, de ser declarada responsable como tercero civilmente responsable.**

Así las cosas, la sentencia apelada es infundada en este punto, pues se ha podido verificar que la Contraloría General de la República sí es competente en este caso para vincular a la actora como tercero civilmente responsable en tanto garante del contrato, y declarar de fondo sobre su responsabilidad civil con relación a las resultas del proceso en cuestión; de donde habría lugar, en principio, a revocarla.” (subrayas del Despacho) (Sentencia del 18 de marzo de 2010.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Radicado 25000-23-24-000-2004-00529-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

Según la anterior transcripción, la Sala encuentra que la compañía de seguros demandante mal interpretó el papel que jugaba en el proceso de responsabilidad fiscal 242 que dio lugar al fallo respectivo materia de apelación, pues en ningún momento la póliza 396028 amparó la responsabilidad fiscal de la Unión Temporal Puconsa sino que garantizó un amparo previamente acordado en los términos del contrato 260 de 1997 y en la misma póliza, por lo que en vista de su incumplimiento, era procedente la afectación de la misma a título de garante como tercero civilmente responsable.

De otra parte, en cuanto al argumento de la apelación según el cual, la Contraloría General de la República al no ser parte del contrato de seguro carecía de legitimidad para hacer efectiva la póliza 396028, dado que el patrimonio que resultaría afectado sería el de CAJANAL EPS, tampoco es aceptado por la Sala, teniendo como fundamento las siguientes consideraciones esgrimidas en la sentencia del 18 de marzo de 2010:

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

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

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

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

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

**evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió".** (subrayas y negritas del Despacho)

De acuerdo con las consideraciones transcritas, razón le asistió al a quo al afirmar en el fallo apelado que, contrario a lo esgrimido por Liberty S.A., no resultaron violadas las normas del contrato de seguros consignadas en los artículos 1037, 1039, 1040, 1056, 1072, 1077, 1080 y 1083 del Código de Comercio invocadas como causal de nulidad, pues bien lo consideró la sentencia del año 2010 que se reitera, que a pesar de que la Contraloría General de la República no es parte en el contrato de seguros, al velar por los recursos públicos obra en cumplimiento de mandatos constitucionales tendientes a determinar a los responsables fiscales como en este caso ocurrió con la Unión Temporal Puconsa, lo que está haciendo es garantizando el interés de la comunidad en general y salvaguardar el erario público.

Por contera, pierden también solidez los argumentos de la apelación según los cuales, la Póliza N° 396028 solo cubría la responsabilidad por el incumplimiento contractual, por lo que no podía la Contraloría exigir indemnización de esta póliza por un riesgo no previsto, ya que no hubo siniestro pues no hubo mal manejo ni incorrecta inversión del anticipo, como quiera que la cuenta corriente si se abrió, distinto es que no hubiera generado intereses, tema que le compete única y exclusivamente alegarlo a la contratista Puconsa.

Por lo expuesto y con fundamento en la jurisprudencia transcrita, no es válido el argumento de la apelación esgrimido por Liberty S.A. según el cual, el ente de control no podía afectar la póliza en su amparo de anticipo derivado de hechos relacionados con la responsabilidad fiscal de Puconsa, ya que los mismos no tenían cobertura por parte del seguro de cumplimiento, como quiera que quedó demostrado que el adecuado manejo del anticipo sí fue un riesgo amparado y, en vista de que no fue consignado este dinero en un fondo cuenta que generara rendimientos financieros, se dio el incumplimiento del contrato y de la póliza que lo amparaba, entrando la aseguradora en su condición de garante, a responder como tercero civil.

Para despejar el tema respecto de la persona o entidad a la que le pertenecen los dineros por concepto de anticipos en este tipo de contratos, resultan más que ilustrativos los siguientes apartes del concepto rendido por la sala de Consulta y

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

servicio civil de esta Corporación M.P. Enrique José Arboleda Perdomo, con radicación No. 1881, Número único 11001-03-06-000-2008-003-00, de fecha abril 30 de 2008, en el cual se dijo lo siguiente:

i. Los rendimientos financieros pertenecen al dueño del capital, de manera que si éste es de la Nación, al producirse tales rendimientos acrecen al Tesoro Nacional, y si es de un establecimiento público, al de éste.

ii. En los contratos celebrados por una entidad pública como contratante, en los que se entreguen dineros a título de pago del precio de un contrato, y a cambio se reciba un bien o servicio, como este último es el propietario del monto del pago recibido, por lo mismo lo es de los rendimientos financieros o intereses que produzca la inversión del precio recibido. En estos contratos, si hay un “precio anticipado”, una vez pagado pertenece al contratista y por lo mismo sus rendimientos (salvo pacto en contrario), pero si hay un “anticipo”, dado que se entiende como una forma de financiamiento, los rendimientos financieros pertenecen al contratante. El anticipo pasará a ser parte del precio, en la medida en que se amortice siguiendo las cláusulas del contrato.

iii. Por el contrario, si una entidad pública como contratante entrega unos dineros en administración, verbi gratia para ser invertidos, éstos no ingresan al patrimonio del contratista, y por lo mismo los rendimientos que lo acrecen son de la entidad contratante que es la propietaria del capital. En este caso, el precio del contrato lo constituyen las comisiones, primas de resultado, una suma fija o cualquier otra forma de retribución que se pacte.”

Con fundamento en las anteriores afirmaciones, la Sala considera que se equivocó nuevamente la apelante al aducir falsa motivación de los actos acusados, como quiera que en el presente caso los dineros entregados por CAJANAL EPS como anticipo para que fueran consignados en un fondo cuenta especial y no en una cuenta corriente cualquiera u ordinaria como lo hizo la Unión Temporal, sí eran dineros que le pertenecían a CAJANAL EPS. Por ende, al tratarse de dineros que dejaron de percibir rendimientos financieros para la entidad pública, no cabe duda del detrimento patrimonial por lo que se esperaba percibir, dando lugar a que se configurara el daño fiscal por el cual se halló fiscalmente responsable a la contratista y civilmente responsable a Liberty S.A.

Así mismo reiteró Liberty en el recurso de apelación, la falsa motivación de los actos acusados, por el hecho de que los artículos 52 y 53 del C.Co. se refieren a que la responsabilidad contractual en que incurran los contratistas lo es a título civil y penal, mas no fiscal. Este argumento no es acogido por esta instancia, como

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

quiera que no cabe duda que la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal de la demandante, no lo fue a título de responsable fiscal, sino como garante de la actuación omisiva de la contratista Unió Temporal Puconsa, por tanto a título contractual como tercero civilmente responsable, figura jurídica que para nada riñe con los supuestos de hecho y de derecho contenidos en las normas de la legislación mercantil, supuestamente vulneradas.

De otra parte, observa la Sala que la sociedad actora invocó también como causal de nulidad la falsa motivación de los actos acusados, porque pretende un derecho que dejó fenecer la Contraloría, como quiera que el derecho que reclama no lo hizo dentro del término de los dos años que establece el artículo 1081 del Código de Comercio para el contrato de seguro.

Pero esta misma causal de falsa motivación, fue reiterada por la apelante como una pretensión subsidiaria y autónoma de la demanda, al solicitar lo siguiente: *“Que se declare que la acción derivada del contrato de seguro instrumentado en la póliza N° 396028 prescribió, contrato cuyo objeto era garantizar el cumplimiento y buen manejo del anticipo, entre otros amparos, del contrato N° 260 de 1997, suscrito entre Cajanal EPS y la Unió Temporal Puconsa, el día 30 de diciembre de 1997”.*

Al respecto resulta oportuno transcribir las consideraciones expuestas por el a quo para denegar esta causal de nulidad:

“En relación con la prescripción alegada por el actor debe recordarse que el artículo 1081 del Código de Comercio establece:

‘ARTICULO 1081. PRECRIPCION DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empieza 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.’

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

Es decir la norma prevé una prescripción ordinaria aplicable al interesado que para este caso sería Cajanal EPS y otra prescripción extraordinaria aplicable a 'toda clase de personas' caso de la Contraloría General de la República que no ostenta la calidad de interesado en tanto no es parte del contrato de seguro, en este orden de ideas la prescripción aplicable a la entidad demandada es la extraordinaria que empieza a correr desde el momento en que nace el derecho que, para el presente caso, se produjo con el fallo con responsabilidad fiscal de 30 de diciembre de 2004 emitido dentro del proceso N° 242.

Así las cosas como sólo con el fallo con responsabilidad fiscal de 30 de diciembre de 2004, expedido por la Contraloría General de la República, se estableció la ocurrencia del siniestro consistente en el incumplimiento del contrato N° 260 de 1997, la actora no puede aducir la ocurrencia del fenómeno de la prescripción porque fue en ese mismo acto administrativo que se estableció el hecho generador de responsabilidad para la compañía de seguros Liberty Seguros S.A.

El cargo no prospera" (subrayas del Despacho) (Así lo sostuvo la primera instancia en la sentencia del 3 de junio de 2010 objeto de apelación)

Frente a las anteriores consideraciones de la primera instancia, la inconformidad de la apelante consistió en que, a pesar de que el Tribunal reconoció que en el presente caso sí era aplicable el artículo 1081 del C.Co., se equivocó al reconocer que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, era la extraordinaria que es de cinco años, contados a partir del momento en que se produjo el fallo con responsabilidad fiscal el 30 de diciembre de 2004. Para la aseguradora en cambio, el cómputo para la prescripción ha de hacerse a partir del momento de la ocurrencia del siniestro, que en el sub judice corresponde a la fecha en que se dejaron de percibir los rendimientos financieros entre abril y diciembre de 1998.

Es así como para Liberty Seguros S.A. *"la acción derivada del contrato de seguro, tanto ordinaria como extraordinaria, se encuentran prescritas, frente a la Contraloría General de la República, y por lo tanto no resultaba viable que se afectara la póliza N° 396028..."*, lo anterior por cuanto de aceptarse la tesis del tribunal si se dejaron de percibir los rendimientos entre abril y diciembre de 1998, para el 16 de septiembre de 2005, fecha en que quedó en firme el fallo con responsabilidad fiscal, ya habían transcurrido más de dos años de la prescripción ordinaria y los cinco de la extraordinaria, que venció el 31 de diciembre de 2003

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

mientras que el fallo con responsabilidad fiscal se profirió el 30 de diciembre de 2004, es decir, por fuera del término que tenía la contraloría para expedirlo.

Para poder determinar si es al a quo o a la sociedad apelante a la que le asiste la razón, resulta imperioso tener en cuenta, cuál fue la posición de la entidad de control demandada respecto de la prescripción, para lo cual se transcribe lo que se dijo sobre el particular, en el fallo con responsabilidad fiscal del 30 de diciembre de 2004, objeto de nulidad:

“En relación con la prescripción de la acción de seguros, alegada por los apoderados especiales de las Compañías de seguros La Previsora S.A. y Liberty Seguros S.A., este Despacho en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 1081 del Código de Comercio, manifestando que no aplica en el proceso de responsabilidad fiscal ya que aquí el término de cinco (5) años empezaría a contarse a partir de la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal, según las voces del artículo 64 CCA.

(...)

La Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva en repetidas ocasiones se ha pronunciado al respecto diciendo que los términos y condiciones de los contratos de seguros de cara a la responsabilidad fiscal son aplicables únicamente para las partes que celebren el contrato de seguros, es decir, el sujeto de control fiscal (administración), la entidad aseguradora y el tomador de la póliza o contratista.

(...)

En materia de responsabilidad fiscal el término de prescripción de seguros no es igual y no aplica, por cuanto en la primera el término comienza a correr a partir de la firmeza del fallo con responsabilidad fiscal, mientras que en la segunda el término, de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, es de dos años para la prescripción ordinaria y corre desde el momento en que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho, dentro del cual el asegurado o beneficiario (en este caso el Estado) manifiesta la ocurrencia del siniestro, prueba tal evento y reclama la correspondiente indemnización. Así, pues, es a partir del acto administrativo (Fallo con Responsabilidad Fiscal en firme), cuando comienza a correr la prescripción ordinaria de los dos (2) años porque es con él donde se declara la existencia del siniestro y se hace exigible la obligación del asegurador de indemnizar.”

Para la Sala, resulta necesario advertir que tal y como se observa en los apartes transcritos del fallo con responsabilidad fiscal, la Contraloría no indicó para el caso concreto si el fallo se profirió estando dentro del término legal o no, además de que se contradijo pues en principio afirmó que el término de los dos años del artículo

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

1081 del C.Co. no se aplicaba para la responsabilidad fiscal y luego al final, sí lo tuvo en cuenta.

En últimas, lo que se evidencia es que la posición del ente de control es ambigua, al afirmar que se debe aplicar para establecer la responsabilidad fiscal, el término de la prescripción ordinaria de dos años que opera para las acciones derivadas del contrato de seguro, es decir, el del artículo 1081 del régimen mercantil.

De igual forma, la Sala encuentra que la providencia objeto de apelación, tampoco aplicó frente al caso examinado las consideraciones puestas de presente en la decisión mediante las cuales resolvió no acoger el cargo relativo a la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro instrumentado en la póliza 396028, motivo por el cual dicha omisión será enmendada por esta instancia, teniendo de presente la jurisprudencia proferida por esta Sección en torno al tema.

Es así como, en el **sub judice**, esta Sala se atiene y comparte los argumentos esgrimidos en las sentencias del 18 de marzo de 2010 radicado 2004-00529-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, reiterada en fallo del 14 de noviembre de 2014 radicado 2006-00428 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, en las cuales se dejó sentado lo siguiente:

“Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable.

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

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

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.

(...)

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

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

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

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000<sup>9</sup>, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable.

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

(...)

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el

---

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

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.

(...)En esas circunstancias es notoria la ocurrencia de la prescripción alegada por la actora, lo cual implica la anulación de la decisión tomada en su contra en el artículo tercero del referido fallo, como lo decretó el a quo, pero por razones distintas a las que éste expuso en la sentencia apelada...”.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no cabe duda alguno en cuanto a que el término de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C.Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon.

Posteriormente, las anteriores consideraciones fueron reiteradas por la misma Sección, mediante sentencia del 17 de junio de 2010 dentro del radicado 68001-23-15-000-2004-00654-01, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, que ahora se comparten, cuya importancia radica en las siguientes precisiones que hizo:

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

(...)

Significa lo anterior que las acciones derivadas del contrato de seguros coexisten con otras acciones derivadas de hechos en los que resulte insertado o enmarcado ese contrato, y como tales constituyen acciones separadas e independientes unas de otras, de modo que operan bajo sus propios supuestos normativos y con sus específicas consecuencias.

Así las cosas, una es la acción de responsabilidad fiscal, que tiene como objeto los alcances fiscales o detrimentos patrimoniales que puedan surgir de la gestión fiscal, y otra es la acción derivada de un contrato de seguros, cuyo objeto es hacer efectivo el amparo dado mediante el mismo.” (subrayas fuera de texto)

## 6.5. Acerca del caso concreto

Con fundamento en las previsiones expuestas en los anteriores apartes jurisprudenciales, la Sala verificará si en el presente caso ocurrió o no la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, para lo cual confrontará los supuestos de hecho y de derecho del artículo 1081 del C.Co., con el acontecer fáctico de los hechos según el material probatorio que conforma el expediente.

Procede a continuación determinar los siguientes aspectos: i) si los hechos generadores de la responsabilidad fiscal y por tanto constitutivos del siniestro materia de amparo, acaecieron dentro de la vigencia de la póliza y ii) si el acto mediante el cual se declaró la responsabilidad civil de la aseguradora, se profirió dentro del término de los dos años del artículo 1081 del C.Co., contados a partir del momento en que la Contraloría haya tenido o tuvo conocimiento del hecho que dio fundamento a la acción, tal y como así lo establece la disposición legal citada, cuyo tenor literal es el siguiente:

“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.” (subrayas del Despacho)

Para el sub lite se tiene acreditado lo siguiente: La compañía de seguros Liberty S.A., libró la póliza única de seguro de cumplimiento No 396028, cuyo tomador fue la Unión Temporal Puconsa S.A.-Equipos Universal Ltda. y C.D.E. Ltda., para *“garantizar el cumplimiento, buen manejo del anticipo, pago de salarios y estabilidad del contrato N° 260 de 1997 referente a la adecuación y remodelación del centro médico de Medellín, por el sistema de administración delegada”*.

En cuanto al amparo contratado para garantizar **el anticipo** y el cumplimiento del contrato 260-97, la vigencia de la póliza se estableció desde el 30 de diciembre de

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

1997 hasta el 30 de diciembre de 1998, tal y como queda acreditado a folio 64 del C.1.

Los hechos constitutivos del siniestro, que en el presente caso lo vienen a constituir los hallazgos encontrados por la auditoría de la Contraloría cuando revisó el contrato 260 en las dependencias de CAJANAL EPS, con fundamento en los cuales se estableció la responsabilidad fiscal en cabeza de la Unión Temporal Puconsa S.A.–Equipo Universal Ltda. y C.D.E. Ltda., porque durante el periodo comprendido entre el 15 de abril y el 31 de diciembre de 1998, la contratista depositó los dineros entregados por CAJANAL EPS como anticipo en una cuenta corriente que NO GENERÓ LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS ESPERADOS Y QUE FUERON PACTADOS PREVIAMENTE EN LOS DOCUMENTOS CONTRACTUALES. Como se observa, los hechos tuvieron lugar dentro de la vigencia de la póliza 396028.

Ahora bien, estos hallazgos sirvieron de base para la expedición del Auto de Apertura de la Investigación Fiscal N 182 de fecha 19 de julio de 2000<sup>10</sup>, que aparecen reseñados en el numeral 17 de los ANTECEDENTES de dicho proveído. Sin embargo, es preciso aclarar que este auto no le fue comunicado a la compañía de Seguros Liberty S.A. como garante del contrato objeto de investigación fiscal, sino que dicha determinación ocurrió mediante Auto del 23 de enero de 2001 que dispuso la notificación por estado del auto de apertura de investigación fiscal del 19 de julio de 2000, a las compañías garantes de los contratos investigados entre ellas la compañía actora<sup>11</sup>.

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

En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de

---

<sup>10</sup> Visible a folios 78 al 87 Cuaderno Principal

<sup>11</sup> visible a folios 94 al 96 C.1.

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

2004, resulta evidente que se expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo.

Como quiera que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsables afectando la póliza 396028, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción, de allí que la sentencia de primera instancia será revocada y, en su lugar, se accederá a la declaratoria de nulidad del literal b) del artículo cuarto del Fallo del 30 de diciembre de 2004. Como consecuencia de la decisión anterior, se accederá a la pretensión subsidiaria de la demanda, consistente en declarar que la actora no estaba obligada a pagar suma de dinero alguna, por lo que deberá la Contraloría General de la República, restituir los dineros que haya recibido en virtud de la póliza de cumplimiento N° 396028, como así se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

Por 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,

**FALLA:**

**Primero. REVÓCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de junio de 2010 y, en su lugar, **DECLÁRASE la nulidad** del literal b) del artículo cuarto del Fallo con Responsabilidad Fiscal del 30 de diciembre de 2004, que dispuso lo siguiente:

**“CUARTO: DECLARAR como TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES a las siguientes Compañías de Seguros:**

(...)

**b) LATINOAMERICANA DE SEGUROS, con Nit N° 860.009.192-7, hoy LIBERTY SEGUROS, Nit 860.009.192-7 quien deberá responder por la expedición de la Póliza N° 396028 y CM (Certificados de Modificación) Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, por valor asegurado hasta de CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE PESOS**

Referencia: 25000232400020050153301  
Actora: Liberty Seguros S.A.

(\$425.000.000,00), la cual ampara el Manejo del Anticipo del Contrato N° 260 de 1997, suscrito entre CAJANAL y la UNION TEMPORAL PUCONSTA LTDA. e incorporar esta Póliza al presente Fallo, teniendo en cuenta que la responsabilidad fiscal se cuantifica en la suma de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES CIENTO SETENTA MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$129.170.719,00).”

**Segundo.** Como consecuencia de la decisión anterior, **ACCEDASE A LA PRETENSION SUBSIDIARIA de la demanda**, en virtud del fenómeno de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, consistente en declarar que la actora no estaba obligada a pagar suma de dinero alguna, por lo que deberá la Contraloría General de la República, restituir los dineros que haya recibido en virtud de la póliza de cumplimiento N° 396028.

**Tercero.** Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO  
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS