

Núm. único de radicación: 20001 23 31 000 2012 00047 01

CONTROL FISCAL – Responsabilidad fiscal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
– Vinculación del garante / COMPAÑIA DE SEGUROS - Tercero civilmente responsable en
proceso de responsabilidad fiscal / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO – Amparo del riesgo
denominado buen manejo de anticipo / RESPONSABILIDAD FISCAL – De la aseguradora

[D]e las pruebas obrantes en el expediente se desprende que, una vez aprobada la póliza única de cumplimiento, el Departamento del Cesar realizó el desembolso del anticipo señalado en la cláusula cuarta del convenio. Asimismo, que no se produjo la suscripción del acta de inicio del Convenio de Cooperación núm. 497 de 2007, por las irregularidades reseñadas supra por la interventoría y que, no obstante lo anterior, los representantes legales de la Fundación procedieron a realizar la entrega de unos computadores a las bibliotecas de algunos municipios del Departamento del Cesar, por lo que, la Sala considera que la ausencia del acta de inicio dejaba sin respaldo alguno cualquier actividad que se efectuara y no podía entenderse como ejecución del convenio al no ser autorizada por la administración. Además de lo anterior, porque la entrega de los equipos no se dio al comprador (Departamento del Cesar), sino a algunos beneficiarios del negocio jurídico, los cuales, con posterioridad, fueron retirados de cada una de las bibliotecas, configurándose el daño patrimonial, situación que fue determinada en cada una de las visitas especiales realizadas por la parte demandada, en las que se demostró que el Departamento no recibió ningún beneficio por la actividad realizada por la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario. De igual manera, la Sala observa que en firme la resolución que declaró la terminación unilateral del contrato, el contratista se rehusó devolver los dineros correspondientes al anticipo, por lo que el Departamento del Cesar declaró el siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo que se encontraba amparado con la póliza de garantía única expedida por la compañía Suramericana de Seguros, entonces, mal puede sostener la compañía de seguros que el contratista haya invertido o ejecutado el anticipo en la ejecución del convenio y, en esa medida, se encontraba demostrada la configuración del riesgo asegurable de la póliza única de seguro de cumplimiento núm. 1538042-3.

CONTROL FISCAL – Responsabilidad fiscal / PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
– Vinculación del garante

El asegurador garantiza el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparado por una póliza. La vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados. Asimismo, lo ha señalado esta Sección su vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal sino por responsabilidad civil, es decir, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado. El

derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal en la medida que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 44 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1045 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1054 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1056

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 20001-23-31-000-2012-00047-01

Actor: SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CESAR –CONTRALORÍA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Asunto: Proceso de responsabilidad fiscal/ tercero civilmente responsable / riesgo asegurable por indebido manejo del anticipo

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo del Cesar.

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

I. ANTECEDENTES

La demanda[1]

1. Seguros Generales Suramericana S.A[2], por intermedio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra el Departamento del Cesar- Contraloría General del Departamento del Cesar.

Pretensiones

2. La parte demandante solicitó declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

[...] - El fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 de 4 de mayo de 2011 [...] mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en cuantía

de \$ 463.300.200, atribuida en forma indexada contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., como civilmente responsable [

- El auto de 5 de agosto de 2011, mediante el cual [...] se resuelve recurso de apelación interpuesto por Seguros Generales Suramericana (antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.), mediante el cual se confirma en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040

- Como consecuencia de lo anterior se declare la improcedencia de hacer efectiva la póliza de seguros 1538042-3 expedida en su oportunidad por la Compañía Suramericana de Seguros hoy Seguros Generales Suramericana, por cuanto los riesgos asegurados en las precitadas pólizas (cumplimiento del contrato y buen manejo y correcta inversión del anticipo), no se realizaron.

- Declarar en consecuencia, que no se ha derivado obligación condicional a cargo de la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con ocasión de la expedición de la póliza de seguro núm. 1538042-3.

- De conformidad con lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, en caso de que el recaudo de los valores referidos a las pólizas antes señaladas se hagan efectivos por vía ejecutiva, se ordene su devolución a la demandante, junto con los intereses corrientes hasta el día del pago y el reajuste monetario respectivo.

- Condenar en costas a la entidad demandada, conforme a los lineamientos del artículo 56 de la Ley 446 de 1997

PETITUM SUBSIDIARIO

En el remoto evento de no ser tenidas en cuenta las declaraciones solicitadas en precedencia, comedidamente solicito acoger las siguientes pretensiones subsidiarias.

- El fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 de 4 de mayo de 2011 [...] mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en cuantía de \$ 463.300.200, atribuida en forma indexada contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., como civilmente responsable [

- El auto de 5 de agosto de 2011, mediante el cual [...] se resuelve recurso de apelación interpuesto por Seguros Generales Suramericana (antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.), mediante el cual se confirma en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040

- Como consecuencia de lo anterior, declarar que la póliza núm. 1538042-3 no podrá ser afectada por siniestro alguno, comoquiera que la administración ordena hacer efectiva la garantía otorgada por la aseguradora que represento, con fundamento en FALENCIAS PRECONTRACTUALES que no fueron objeto de aseguramiento y por tanto no obligan al asegurador.

- Declarar en consecuencia que no existe obligación pecuniaria a cargo de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (antes COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A) con ocasión de la expedición de la póliza de seguro 1538042-3 de conformidad con lo expuesto en precedencia.

- En defecto de lo anterior y sin que signifique aceptación de ninguna índole, declarar que en todo y en cualquier caso, la obligación condicional a cargo de la aseguradora derivada de la

póliza de seguro precitada, se limita en todo caso y en cualquier caso hasta el importe del valor asegurado.

- De conformidad con lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, en caso de que el recaudo de los valores referidos a las pólizas antes señaladas se hagan efectivos por vía ejecutiva, se ordene su devolución a la demandante, junto con los intereses corrientes hasta el día del pago y el reajuste monetario respectivo [...]

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

4. Indicó que entre el Departamento del Cesar y la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario, representado por Carmen Yaneth Daza Ariño y Alberto José Daza Ariño, se celebró el convenio de cooperación núm. 497 de fecha 19 de diciembre de 2007, cuyo objeto consistía en la dotación de la red de bibliotecas públicas del Departamento del Cesar Fase I.

5. Señaló que la cláusula novena de dicho convenio determinaba la obligación por parte del cooperante de la constitución de un garantía única de cumplimiento, en la que se amparara el cumplimiento del convenio y el anticipo, este último, en los siguientes términos: "[...] **B) ANTICIPO:** por una cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del valor del mismo, con una vigencia de 180 días a partir del acta de inicio de ejecución del convenio [...]".

6. Adujo que la parte demandante expidió, el 20 de diciembre de 2007, una garantía única de cumplimiento en favor de las entidades estatales núm. 1538042-3 siendo tomador la Fundación y como beneficiaria el Departamento del Cesar, con varias coberturas, entre ellas, el buen manejo y correcta inversión del anticipo, cuya vigencia expiraba el 20 de junio de 2008, la cual, fue actualizada por solicitud de la entidad contratante, ampliándose su vigencia hasta el 18 de octubre de 2008.

7. Señaló que el interventor designado para el efecto (Secretaría de Educación y Cultura Departamental) no suscribió el acta de inicio del convenio, porque, a su juicio, el Convenio de Cooperación fue suscrito de manera irregular, toda vez que no se identificaron los municipios en los cuales habrían de dotarse las bibliotecas y porque se advirtieron sobrecostos en los equipos de sistemas.

8. Señaló que el Gobernador del Departamento de Cesar, mediante las resoluciones núm. 2651 de 9 de julio de 2008 y 004045 de 28 de agosto de 2008, decretó la terminación unilateral del convenio por estimar que se había pretermitido los procedimientos en la fase precontractual, decisiones que fueron notificadas a la Fundación y a la compañía de seguros.

9. Indicó que como consecuencia de lo anterior, la administración departamental expidió la Resolución núm. 005104 de 17 de octubre de 2008, mediante la cual declaró la ocurrencia del siniestro del anticipo amparado en la póliza núm. 1538042-3 y ordenó hacer efectiva la póliza por un valor de \$ 395.127.000 m/cte.

10. Señaló que por estos hechos la Contraloría General del Departamento del Cesar, mediante los actos acusados, declaró fiscalmente responsables a los representantes de la Fundación al haber actuado de manera gravemente dolosa y culposa al no dar el debido trámite al anticipo, toda vez que, realizó la entrega de algunos computadores en varios municipios del Departamento del

Cesar sin haber suscrito el acta de inicio del convenio, los que posteriormente recogió, sin devolver el dinero que le había sido entregado como anticipo.

11. Asimismo, indicó que declaró civilmente responsable a la Compañía de Seguros Suramericana en su calidad de garante al haber otorgado la póliza de cumplimiento núm. 1538042-3 que amparaba el debido manejo y la correcta inversión del anticipo entregado por el Departamento del Cesar en cumplimiento del convenio núm. 497 de 2008.

Normas violadas y concepto de violación

12. La parte demandante invocó en su escrito como normas violadas las siguientes:

- Artículos 2, 6, 25, 83 y 124 de la Constitución Política.
- Artículo 1047, 1054, 1055 y 1072 del Código de Comercio.
- Artículo 23, 26, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993[3].
- Artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil.

13. A juicio de la parte demandante, el Departamento del Cesar al hacer efectiva la garantía que amparó el buen manejo y la correcta inversión del anticipo, invocando la terminación unilateral del convenio y alegando una causal que no se encontraba asegurada, desconoció los fines esenciales del Estado y se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones al desconocer las cláusulas propias del contrato de seguro.

14. Indicó que los motivos e irregularidades del procedimiento precontractual, es decir, la inobservancia a los requisitos de la selección objetiva no era un riesgo amparado en el contrato de seguros suscrito entre la Fundación y la compañía aseguradora y, en esa medida, señaló que no debió ser notificado del acto administrativo por el cual se declaró terminado unilateralmente el convenio toda vez que su terminación obedeció a causas atribuibles de manera exclusiva a la conducta de la administración contratante en la fase precontractual.

15. Finalmente, adujo que no se configuró el riesgo asegurable al no probarse la inejecución del anticipo por parte de la Fundación, situación, además, que, a su juicio, no fue argumentada por la administración, que alega su propia culpa en la etapa precontractual para terminar unilateralmente el convenio y hacer exigible las garantías.

Contestación de la demanda[4]

16. La parte demandada, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, porque, a su juicio, los actos administrativos acusados gozan de presunción de legalidad, toda vez que fueron expedidos dentro de un proceso, en el cual, a la parte demandante se le garantizó el debido proceso y contradicción, quedando plenamente demostrada su vinculación y condena como tercero civilmente responsable conforme lo señala el artículo 44 de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000[5], que exige como único requisito que el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza.

17. Indicó que el hecho de que, presuntamente, se hubieran presentado falencias en la etapa precontractual, son circunstancias ajenas al proceso de responsabilidad fiscal, a la competencia de la Contraloría General del Departamento del Cesar y a la vinculación del tercero civilmente responsable, toda vez que en el proceso quedó demostrado el daño sufrido por el ente territorial por la conducta dolosa del contratista.

18. Propuso las siguientes excepciones:

18.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva al señalar que la Contraloría General del Departamento del Cesar no tiene personería jurídica y, por lo tanto, debe comparecer a través del representante legal del ente territorial.

18.2. La denominada "legalidad del acto administrativo demandado", en la medida que, a su juicio, expidió los actos administrativos acusados con base en la normativa aplicable al caso concreto y con fundamento en el material probatorio recaudado de forma legal en la actuación administrativa.

Decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar respecto de una nulidad saneable[6]

19. El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la providencia proferida el 5 de diciembre de 2013, previo a proferir la sentencia, en primera instancia, advirtió la configuración de una irregularidad al no haberse vinculado y notificado al presente proceso al Departamento del Cesar, persona jurídica de la cual hace parte la Contraloría General del Departamento del Cesar.

20. Por tanto, ordenó notificar en forma personal a la parte afectada la citada providencia, haciéndole entrega del auto admisorio de la demanda y de sus anexos sin que el Departamento del Cesar alegara la nulidad, quedando saneada conforme lo señala el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil.

Sentencia apelada[7]

21. El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la sentencia proferida el 27 de febrero de 2014, resolvió lo siguiente:

"[...] PRIMERO: Declarar probada la excepción de legalidad del acto propuesta por la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CESAR, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo que precede, NEGAR las súplicas de la demanda conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas [...]"

22. Sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva consideró que si bien le asistía razón al apoderado de la Contraloría General del Departamento del Cesar, se subsanó la irregularidad que se presentaba por no haberse vinculado al proceso al Departamento del Cesar, notificándole el auto admisorio de la demanda sin que propusiera la nulidad por falta de notificación, como se indicó supra.

23. Sobre el fondo del asunto, el Tribunal Administrativo del Cesar, después de realizar un recuento de la normativa aplicable al caso concreto y del material probatorio obrante en el expediente, consideró que el convenio de Cooperación núm. 497 de 2007 fue suscrito por las partes y estaba llamado a producir todos los efectos legales, razón por la cual, se realizó el giro del anticipo a favor de la representante legal de la Fundación, quien reconoce haberlo recibido y aduce haberlo aplicado al cumplimiento del objeto contratado, en la medida que se hicieron algunas entregas de equipos en varias bibliotecas de los municipios beneficiarios del acuerdo.

24. Asimismo, indicó que valoradas las pruebas en su conjunto estableció que en poder del

Departamento no existía elemento alguno que hubiese sido entregado por la Fundación, pues si bien existió una entrega inicial de algunos computadores, estos fueron retirados con posterioridad, razón por la cual, determinó que el daño por el detrimento patrimonial correspondía al monto total del anticipo entregado a la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario, toda vez que el Departamento del Cesar no recibió ningún beneficio por la actividad realizada por el contratista con cargo a estos recursos.

25. Por tanto, conforme al artículo 44 de la Ley 610, al encontrarse acreditado que la parte demandante constituyó la póliza de cumplimiento que amparó en debida forma el manejo del anticipo entregado, la declaró civilmente responsable, toda vez que: i) se materializó el riesgo asegurado, el cual, resultaba atribuible a la conducta asumida por los representantes de la Fundación por las conductas señaladas en el numeral anterior; ii) que los representantes de la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario no han hecho devolución de la suma que les fue girada por este concepto; iii) que el Departamento del Cesar no tuvo incidencia en el indebido manejo del anticipo, es decir, que no le resultaba aplicable el artículo 1055 del Código de Comercio, toda vez que el beneficiario no actuó con dolo o culpa grave, supuestos que excluirían la responsabilidad del asegurador.

26. Finalmente, indicó que no puede considerarse que como consecuencia de las razones que sirvieron de fundamento a la declaratoria de terminación unilateral del convenio, se estructure una causal de exoneración de responsabilidad para el tomador del seguro respecto del manejo del anticipo que favorezca a la compañía aseguradora, en la medida que, en el caso sub examine, la responsabilidad fiscal no se derivó por los errores en que incurrió la administración en el proceso contractual, sino por causa del giro de una suma de dinero que se hizo en cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Recurso de apelación[8]

27. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, reiterando todos y cada uno de los argumentos expuestos en la demanda.

28. En efecto, indicó que no se configuró el riesgo asegurable al no probarse la inejecución del anticipo por parte de la Fundación, estableciéndose que existe ausencia de dolo o culpa por parte del contratista lo que lo excluye de responsabilidad toda vez que: i) la administración alega su propia culpa en la etapa precontractual para terminar unilateralmente el convenio y hacer exigible las garantías sobre un riesgo que no se encontraba amparado en el contrato de seguro y ii) que la Contraloría General del Departamento del Cesar se concentró en demostrar el incumplimiento del convenio y no la inejecución del anticipo y, que esta última causal no fue invocada por la administración.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

29. El Despacho sustanciador, mediante la providencia proferida el 29 de agosto de 2017[9], ordenó que en el término de diez (10) días las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto, sin que las partes presentaran alegatos de conclusión, en segunda instancia.

Concepto del Ministerio Público

30. El Ministerio Público no rindió concepto

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia de la Sala

31. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo[10], sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia; y, el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

Actos administrativos parcialmente acusados

32. El acto administrativo que contiene el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 de 4 de mayo de 2011 "[...] mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en cuantía de \$ 463.300.200, atribuida en forma indexada contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., **como civilmente responsable** [...]"

33. El acto administrativo que contiene el auto de 5 de agosto de 2011, mediante el cual "[...] se resuelve recurso de apelación interpuesto por Seguros Generales Suramericana (antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.), mediante el cual se confirma en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 [...]"

Problema jurídico

34. De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el problema jurídico que la Sala debe resolver, se contrae a determinar lo siguiente:

34.1. Si es procedente o no declarar la nulidad parcial de: i) el acto administrativo que contiene el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 de 4 de mayo de 2011 y ii) el acto administrativo que contiene el auto de responsabilidad fiscal de 5 de agosto de 2011, expedidos por la Contraloría General del Departamento del Cesar, mediante los cuales, entre otros, declaró a Seguros Generales Suramericana S.A (antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.) como tercera civilmente responsable con ocasión del cumplimiento de la póliza única de cumplimiento núm. 1538042-3, cuyo beneficiario y/o asegurado era el Departamento del Cesar y que amparaba el convenio de cooperación núm. 497 de 2007 suscrito con la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario.

34.2. Para el efecto, se deberá determinar si se configuró o no el riesgo asegurable denominado "el buen manejo y correcta inversión del anticipo" contenido en la póliza única de cumplimiento núm. 1538042-3, expedida por la parte demandante.

35. En ese sentido, la Sala procederá a estudiar, seguidamente, el problema jurídico planteado, analizando los siguientes aspectos: i) generalidades, marco normativo de las atribuciones desarrolladas por las contralorías departamentales, distritales y municipales ii) generalidades y marco normativo del proceso de responsabilidad fiscal; iii) generalidades, marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la vinculación del garante en los procesos de responsabilidad fiscal; iv) generalidades, marco normativo y desarrollo jurisprudencial del contrato de seguro y v) análisis del caso en concreto, los cuales se desarrollarán infra:

Generalidades, marco normativo de las atribuciones desarrolladas por las contralorías departamentales, distritales y municipales

36. Visto el artículo 268 de la Constitución Política, sobre las atribuciones del Contralor General de la República, en especial, el

numeral 5.º que señala "[...] Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma [...]". Esta vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados.

37. Asimismo, conforme el artículo 272 de la Constitución Política, entre otros asuntos, determinó que: i) la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva; ii) La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de las contralorías municipales y iii) los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor general de la República establecidas en el artículo 268 *ibídem* y podrán, según lo autorice la Ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la función fiscal.

Generalidades y marco normativo del proceso de responsabilidad fiscal

38. Visto el artículo 1.º de la Ley 610, sobre el proceso de responsabilidad fiscal, que textualmente señala:

"[...] Definición. 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 [...]".

39. Del mismo modo, el artículo 3.º de la Ley 610 definió el alcance de la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas que manejen o administren recursos o fondos públicos y cuyo objeto, conforme el artículo 4.º *ibídem*, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público[11] como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizaron la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. A su vez, el parágrafo 1.º del citado artículo determinó que "[...] la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad [...]", correspondiéndole a cada uno consecuencias diferentes.

40. De lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: i) elemento objetivo, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

41. En suma, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa.

Generalidades, marco normativo y desarrollo jurisprudencial de la vinculación del garante en los procesos de responsabilidad fiscal

42. Visto el artículo 44 de la Ley 610, sobre la vinculación del garante

"[...] **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 [...]".

43. La citada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional[12], y en cuanto a la vinculación del asegurador consideró:

"[...] En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.[13]

Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecida en la norma acusada, además del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público. Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estas: 1ª) Las

contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política; 2ª) La naturaleza y el carácter administrativo, resarcitorio y autónomo del control fiscal permiten la determinación de responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, lo cual no significa que las contralorías invadan órbitas de competencia de otras autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores públicos o de particulares, incluso por una misma actuación; y 3ª) La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública [...]"

44. De lo anterior se colige que:

44.1. El asegurador garantiza el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparado por una póliza.

44.2. La vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados. Asimismo, lo ha señalado esta Sección[14] su vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal sino por responsabilidad civil, es decir, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado.

44.3. El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal en la medida que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal.

Generalidades, marco normativo y desarrollo jurisprudencial del contrato de seguro

45. Visto el artículo 1045 del Código de Comercio, sobre los elementos esenciales del contrato de seguro, que señala los siguientes: i) interés asegurable; ii) riesgo asegurable; iii) prima y iv) obligación condicional del asegurador.

46. Para el caso concreto, el riesgo asegurable, conforme el artículo 1054 del Código de Comercio, lo constituye el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación condicional del asegurador, es decir, la de efectuar el pago del siniestro (como la realización del riesgo asegurado) o la prestación asegurada, señalando el artículo 1056 ibidem como riesgos inasegurables "[...] El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo [...]".

47. Asimismo, esta Sección[15] ha señalado que de toda póliza de seguros que se otorgue para amparar contratos estatales, constituye una situación legal y reglamentaria, y que contienen garantías precontractuales, para garantizar la seriedad de la oferta, y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del

contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la ley.

48. Finalmente, esta Sección[16] ha señalado que los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, no pasan a ser de su propiedad, pues apenas lo son a título de mera tenencia, comoquiera que se le entregan al contratista para el comienzo de la ejecución del objeto del contrato y son recibidos a título de administrador y no de propietario.

Análisis del caso en concreto

49. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio, para posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto, de la siguiente manera:

50. La Sala observa que en el expediente se encuentran, entre otras pruebas derivadas del procedimiento administrativo, las siguientes:

Del convenio de cooperación

51. Convenio de cooperación núm. 497 de 2007 celebrado entre el Departamento del Cesar y la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario cuyo objeto era la dotación de la red de bibliotecas públicas del departamento del Cesar, Fase I[17], en el cual se determinó:

51.1. Conforme la cláusula segunda, la duración del convenio fue de 60 días calendario contado a partir del perfeccionamiento del mismo y previa la aprobación de las pólizas.

51.2. Conforme la cláusula tercera el valor del convenio era de \$1.214.454.000 m/cte. Discriminados de la siguiente manera: El Departamento del Cesar aportaría en dinero la suma de \$790.254.000 y la fundación aportaría en especie el valor de \$ 424.200.000.

51.3. En cuanto a las obligaciones del Cooperante, la cláusula cuarta del convenio estableció lo siguiente: El cooperante se obligaba para con el Departamento del Cesar a: i) la coordinación de la contraprestación equivalente a la suma de \$ 424.200.000.

ÍTEM	Cantidad	Valor Unitario	Valor total
Equipos			
COMPUTADOR MONITOR DE 15'' cpu Word	10	3.2000.000,00	32.000.000,00
IMPRESORA LASER	10	35.000,00	3.350.000,00
TOTAL			36.350.000,00
COSTO TOTAL DONACIÓN 12 MUNICIPIOS			424.200.000,00

51.3.1. Asimismo, dotar la red de bibliotecas de 12 municipios del Departamento del Cesar, de conformidad con el siguiente cuadro:

ITEM	Cantidad	Valor unitario	Valor total
Instalación de la red LAN			
CABLE UTP X CAJA	1	80.000,00	80.000,00
CONECTORES RJ 45	30	700,00	21.000,00
TOMA CONLETO RJ 45	10	27.000,00	270.000,00
CANAleta DOBRE 100 X 45	10	34.200,00	342.000,00
SWICH 24 PUERTOS QPCOM	1	275.000,00	275.000,00
TOTAL			988.000,00
Instalación Eléctrica			
TOMA CORRIENTE	10	25.000,00	250.000,00
ALAMBRE DE COBRE No. 12 X 50 MTS	1	55.000,00	55.000,00
TACOS DE CORRIENTE	2	9.500,00	19.000,00
CAJA PARA TACOS DOBLES	1	7.500,00	7.500,00

TOTAL			331.500,00
Mano de Obra			
INSTALACIÓN POR PUNTO RED	10	300.000,00	3.000.000,00
TOTAL			3.000.000,00
Equipos			
COMPUTADORES gbex (Desktop Apolo II) celerum D 1,66, Memoria (...)	10	3.200.000,00	32.000.000,00
IMPRESORA LASER	1	335.000,00	335.000,00
TOTAL			32.335.000,00
Mobiliario			
MUEBLE INDIVIDUAL PARA CP	10	180.000,00	1.800.000,00
SILLAS	10	140.000,00	1.400.000,00
TOTAL			3.200.000,00
COSTO TOTAL POR MUNICIPIO			39.254.000,00
COSTO TOTAL DE EQUIPO /INSTALACION / MUEBLES			478.254.000,00
Servicio de internet	Valor mensual	Tiempo (meses)	Total
Estudio previo			24.000.000,00
Servicio mensual	2.000.000,00	24	24.000.000,00
COSTO TOTAL INTERNET 12 MUNICIPIOS			312.000.000,00
COSTO TOTAL DEL PROYECTO			790.254.000,00

51.4. De igual manera, determinó la forma de pago de los \$790.254.000 de la siguiente manera:
i) el primer desembolso correspondería a un 50% por valor de \$395.127.000 a la legalización y

perfeccionamiento del contrato y ii) el segundo desembolso correspondería a un 50% por valor de \$ 395.127.000 a la finalización del convenio en donde se demostrara la ejecución del 100% de lo convenido y con el recibo a entera satisfacción por parte del interventor.

51.5. La cláusula novena del convenio de cooperación consignó lo referente a las garantías de la siguiente manera: EL COOPERANTE deberá constituir a su costa y a favor del DEPARTAMENTO en una compañía de seguros legalmente establecida en el país, la póliza única que ampare los siguientes riesgos: A) CUMPLIMIENTO: Para que garantice el cumplimiento del convenio equivalente al 10% del valor del mismo con una vigencia de 180 días a partir del inicio de ejecución del convenio. B) ANTICIPO: Por una cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del valor del mismo, con una vigencia de 180 días a partir del acta de inicio de ejecución del convenio.

51.6. La cláusula décima quinta establecía el perfeccionamiento del convenio y la ejecución del mismo al indicar que se perfeccionaría con la suscripción de las firmas y la expedición del respectivo registro presupuestal y para su ejecución, requería de la realización del acta de inicio de las actividades debidamente suscrito entre el interventor, el supervisor y el representante legal del cooperante.

De la existencia de la garantía única

51.7. Copia de la garantía única de cumplimiento núm. 1538042-3[18] cuyo tomador y afianzado fue la Fundación de Profesionales por el Cesar para el desarrollo social y el asegurado fue el Departamento del Cesar.

51.7.1. Los amparos corresponden al de cumplimiento del objeto del convenio y el buen manejo y correcta inversión del anticipo, con vigencia desde el 18 de abril hasta el 18 de octubre de 2008. Asimismo, en las condiciones generales de la póliza se estableció lo siguiente: "[...] El amparo del anticipo cubre a las entidades estatales contratantes contra el uso o aprobación indebida que el contratista haga de los dineros o bienes que se le hayan anticipado para la ejecución del contrato [...]".

Sobre la aprobación de la garantía y el desembolso del valor del anticipo

51.8. Copia de la Resolución núm. 00204 de 6 de mayo de 2008[19] mediante la cual la Secretaría General del Departamento del Cesar aprobó la garantía única de cumplimiento núm. 1538042 -3 para efectos de la ejecución del convenio 497 de 2007.

51.9. Respecto del desembolso del valor del anticipo, obra certificado del Departamento del Cesar[20] en la que se consignó se giró el cheque núm. 734670 del banco de Occidente a nombre de la FUNDACIÓN DE PROFESIONALES POR EL CESAR PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y COMUNITARIO por valor de \$391.945.500 por concepto del primer desembolso de 50% del convenio núm. 497 de 2007.

Informe de interventoría

51.10. Copia del informe de interventoría al Convenio de Cooperación núm. 497 de 2007[21] en el que se determinó: i) que revisados los archivos de la entidad no se encontraba acreditada la idoneidad técnica de la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario, teniendo en cuenta que no aparecía contrato alguno que demostrara la idoneidad técnica en los términos del artículo 1 del decreto 777 de 1992; ii) Las especificaciones técnicas

de los equipos de cómputo exigidas no garantizaban la sostenibilidad del proyecto por ser desactualizadas al tener limitaciones del software y hardware; iii) precios de los equipos de cómputo excesivamente altos para sus especificaciones; iv) inexistencia del acta de inicio, elemento indispensable para su ejecución de conformidad con lo establecido en la cláusula décimo quinta del convenio celebrado.

51.10.1. En el citado informe también se indica que la Fundación manifestó que de acuerdo con la decisión de los miembros de la asociación resolvieron iniciar el cumplimiento del convenio y prueba de ello corresponde a la entrega de 120 equipos que corresponden a la donación de la fundación.

Terminación unilateral del convenio de cooperación

51.11. Copia de la Resolución núm. 2561 de 9 de julio de 2008[22], por medio del cual la Gobernación del Departamento del Cesar decretó la terminación unilateral del convenio núm. 497 de 19 de diciembre de 2007. En el mencionado acto administrativo se indicó lo siguiente:

"[...] Pese a la denominación dada al negocio jurídico ente el Departamento del Cesar y la FUNDACIÓN PROFESIONALES POR EL CESAR PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y COMUNITARIO "PROCESO" "**convenio**", lo que realmente se realizó fue un "**contrato**" ordinario y ello se deduce de la simple lectura de la cláusula primera y cuarta del "Convenio de Cooperación No. 497 de 2007", la cual permite establecer en su gran parte las obligaciones contraídas por la FUNDACIÓN, son propias de un contrato de compraventa, pues se celebró con el objeto de que la persona jurídica, suministrará al Departamento, la dotación y equipamiento de las salas de informática de la red de Bibliotecas del Departamento del Cesar. Por tanto, no se trata de la realización de una obra en conjunto o de una actividad que desarrollara la prestación de un servicio o el cumplimiento de funciones públicas actividades estas generadoras de un CONVENIO INTERADMINISTRATIVO, se trató simplemente de un negocio jurídico, en concreto, un contrato de compraventa de carácter ordinario.

En estas circunstancias, el objeto del denominado "convenio de cooperación" número 497 de 2007", debía y podía ser ejecutado por cualquier persona jurídica, inclusive por la fundación, si su objeto social se los permitía; en este último caso, no a través de un convenio de cooperación, sino a través del procedimiento ordinario de licitación previsto en la ley 80 de 1993, y sus decretos reglamentarios, para que en pie de igualdad se invitara públicamente a ofertar a través de un proceso de selección objetiva con el fin de escoger la oferta más favorable para el ente territorial.

Además, en el proceso de planeación contractual, no se dejó constancia de las razones por las cuales la entidad territorial prefería la contratación a través del convenio de cooperación y no la realización de una licitación pública, convocando a todos los agentes del mercado a presentar sus propuestas, dentro de una línea garantizadora de la libre competencia y de respecto de la iniciativa privada. Se desconoció que con fundamento en el artículo 24-7 y 25-7 de la ley 80 de 1993, se debía motivar y razonar de manera cierta por qué se exceptionaba la licitación pública para llegar a este mecanismo altamente restrictivo de contratación.

De este modo, en este caso es claro, que no se trató de una contratación relativa al objeto misional de la entidad territorial, en forma que pudiera cubrirse por las normas especiales de nuestra legislación, que regulan la asociación de las entidades públicas con los particulares – Artículo 355 C.N- Decreto 777 de 1992 – Artículo 96 de la Ley 489 de 1998- sino, que se trató

simplemente de la ejecución de un negocio jurídico en donde la FUNDACIÓN, por razón del objeto contractual y de la cuantía, debía competir en igualdad de condiciones frente a otras personas jurídicas, que dentro del círculo normal de los negocios pudiera cumplir con el objeto del contrato.

Ahora, si bien es cierto, LA FUNDACIÓN "PROCESO", se encontraba facultada para prestar los servicios previstos en el denominado convenio de cooperación, ese simple hecho no exoneraba al ENTE TERRITORIAL para inaplicar el principio de la selección objetiva, pues dichos entes, sólo pueden celebrar los contratos respecto de los cuales posea la debida y comprobada experiencia, solidez financiera, capacidad técnica, administrativa y jurídica, aspectos estos que tampoco fueron objeto de evaluación en la etapa previa a la suscripción del convenio interadministrativo 497 de 2007.

[...] Pero además de lo dicho, el análisis técnico del objeto del convenio 497 de 2007, arroja una evidente exposición al detrimento del tesoro público del Departamento, con la ejecución de unas actividades inmersas en evidentes y enormes sobrecostos. En efecto, del informe de interventoría suscrito por la ingeniera de sistema, doctora **YESENIA MARIA GONZALEZ FUENTES**, profesional adscrita a la Secretaría de Educación, recibido en este Despacho el día 19 de junio de 2008 se destaca lo siguiente:

(...)

- a. Las especificaciones técnicas de los equipos de computo (sic) exigidas por el Secretario de Educación de la época no garantizan sostenibilidad del proyecto.
- b. Los computadores solicitados al oferente en sus características tienen limitación de software y hardware que indiquen a limitaciones en su capacidad de desempeño.
- c) No cuentan con herramientas de trabajo (oficce) (sic) y antivirus.
- d) El software no tiene licencia.
- e) A pesar de todo esto, presentan un precio demasiado elevado, para nada competitivo con los precios del mercado, aun se hallan (sic) cotizando algunos meses atrás. (...)
- f) Lo referente a la red LAN, no tienen todos los dispositivos que se requieren para implementar una red de datos, lo que puede ocasionar que en momento del recibo por parte del interventor, se presente una mayor cantidad de obra y por lo tanto el contratista podría solicitar un adicional. Cabe anotar que en el proyecto, precontractual ni en el convenio existe estudios unitarios de los ítem del presupuesto.
- g) No se evidencia el presupuesto de análisis unitario. (...)

(...) En este sentido, se observa que el artículo 45 de la ley 80 de 1993, confiere a la administración la facultad de dar por terminado los contratos estatales mediante acto administrativo motivado, cuando quiera que se den las causales previas en los numeral 1, 2 y 4 del artículo 44 ibídem, que para el caso en estudio es la causal prevista en el numeral segundo de la norma en cita, que consiste en la celebración del mismo contra expresa prohibición constitucional o legal, que se traduce en haber suscrito con una persona jurídica – FUNDACIÓN "PROCESO", un convenio de cooperación que en su naturaleza corresponde principalmente a un contrato de compraventa, eludiendo el procedimiento de selección previsto en la ley 80 de 1993

y sus decretos reglamentarios, para la selección objetiva del contratista, además como lo señalamos antes, el desconocimiento de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y principalmente de selección objetiva, actuación que evidentemente resulta contraria a los mandatos de los artículos 24, 25 y 26 de la ley 80.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Decretar la terminación del convenio número 497 del 19 de diciembre de 2007, celebrado con la **FUNDACIÓN DE PROFESIONALES POR EL CESAR PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y COMUNITARIO "PROCESO"**, por encontrarse incurso en una causal de nulidad absoluta, de conformidad con lo expuesto en ese proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordénese la liquidación del convenio en el estado en que se encuentre, sin detrimento de lo expuesto en el artículo 48 de la ley 80 de 1993.

ARTÍCULO TERCERO: Requiérase al contratista y/o compañía Aseguradora la devolución de la suma girada en calidad de anticipo. Para este fin, se hará uso del poder de autotutela que ostenta la administración.

ARTÍCULO CUARTO: Se ordena a la Secretaria de Hacienda Departamental, la devolución total o proporcional de los gastos asumidos por el Cooperante para la legalización del presente convenio.

ARTÍCULO QUINTO: En los términos de los artículos 44 y 45 del C.C.A., notifíquese personalmente el presente acto administrativo al representante legal de la Fundación, y a su garante, la compañía aseguradora, haciéndole saber que contra el presente acto procede el recurso de reposición, en los términos del Código Contencioso Administrativo [...].

51.11.1. Dicho acto administrativo fue notificado en debida forma tanto a la fundación como a la compañía de seguros.

51.12. Copia de la Resolución núm. 004045 de 28 de agosto de 2008[23] por medio de la cual se resolvió el recurso y se confirmó el acto impugnado en todas sus partes.

51.12.1. Esta resolución fue notificada el 17 de septiembre de 2008 al apoderado de la compañía de seguros y al representante de la fundación el 4 de septiembre de 2008.

Declaratoria de ocurrencia del siniestro y liquidación unilateral del convenio

51.13. Ante la reticencia del contratista en la devolución del anticipo, la Administración expidió la Resolución núm. 005104 de 17 de octubre de 2008[24] por medio del cual se declaró la ocurrencia del siniestro del mal manejo del anticipo al convenio 497 de 2007.

51.13.1. Como antecedentes indicó que mediante resolución núm. 00204 de 6 de mayo de 2007 la Secretaría General del Departamento del Cesar aprobó la póliza única de seguro de cumplimiento núm. 1538042 – 3 expedida por la Compañía Suramericana de Seguros que cubría los amparos de cumplimiento y mal manejo o incorrecta inversión del anticipo del convenio 497 de 2007.

51.13.2 Que mediante comprobante de egreso a nombre de Carmen Yaneth Daza Ariño se hizo entrega de la suma de \$395.127.000 en calidad de anticipo de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera del Convenio 497 de 2007.

51.13.3. Que en firme la resolución de terminación unilateral, la Fundación se ha rehusado a la devolución de los recursos girados en calidad de anticipo y tampoco ha demostrado que tales recursos se hubiesen invertido en las actividades pactadas contractualmente en el convenio y en estricta sujeción a los fines de la contratación previstos en el artículo 3 de la ley 80 de 1993, lo cual configura el siniestro previsto en la garantía única de cumplimiento de la póliza núm.1538042-3.

51.13.4 Conforme a lo anterior la Gobernación del Departamento del Cesar resolvió lo siguiente:

"[...] **ARTÍCULO PRIMERO: DECLARASE** la ocurrencia del riesgo amparado con la póliza No. 1538042-3 que garantiza el buen manejo y correcta inversión del anticipo expedida por la **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS**, en desarrollo del convenio 497 de 2007, celebrado entre el **DEPARTAMENTO DEL CESAR** y el asegurado **FUNDACION DE PROFESIONALES POR EL CESAR PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y COMUNITARIO "PROCESO"**.

ARTÍCULO SEGUNDO: HAGASE efectiva la póliza No. 1538042-3 que garantiza el buen manejo y correcta inversión del anticipo, expedida por la **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS**, por un valor de **TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL PESOS. (\$395.127.000.00)**.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución al representante legal de **COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS** y al Representante Legal de la Fundación "PROCESO [...]".

51.14. Copia de la Resolución núm. 000262 de 19 de febrero de 2009 mediante el cual el Gobernador del Departamento del Cesar liquidó de manera unilateral el convenio 497 de 19 de diciembre de 2007.

51.14.1. El acto administrativo mencionó los antecedentes del convenio en cuanto a su suscripción, la aprobación de la póliza de garantía única, el giro del 50% del anticipo así como las resoluciones por medio de las cuales se declaró la terminación unilateral del contrato, aquella que confirmó la decisión.

51.14.2. Asimismo, indicó que en firme la resolución que declaró la terminación unilateral del contrato, el contratista se rehusó devolver los dineros correspondientes al anticipo ni demostró que los mismos hubiesen sido invertidos en actividades del objeto del convenio, por lo que la Gobernación mediante resolución, declaró el siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo que se encontraba amparado con la póliza de garantía única expedida por la compañía Suramericana de Seguros. Adicionalmente, consideró que ante la imposibilidad de lograr que el contratista concurren con el objeto de proceder a la liquidación bilateral del convenio, se procedió a efectuar la liquidación unilateral.

51.14.3. Por tanto, ordenó que el contratista y/o la compañía suramericana de seguros devolviera el valor de \$395.127.000 del cual se hará el descuento por concepto de legalización del contrato, pago de impuestos, estampillas y publicación en valor de \$3.181.500 debiendo entonces devolver el contratista y/o la compañía Suramericana de seguros el calor de \$391.945.500.

De la actuación de la Contraloría General del Departamento del Cesar

51.15. Auto de imputación de cargos en el que se determinó:

"[...] Imputar responsabilidad fiscal de conformidad con el artículo 48 de la Ley 610 [...] y a la compañía aseguradora Suramericana S.A. quien fue la compañía que aseguró los dineros del convenio N° 497 de 2007. El cual tendrá que responder por el cumplimiento, la custodia y el buen uso del anticipo y por el daño patrimonial producido al erario público [...]"

51.16. Actas de visita especial realizadas a las bibliotecas de los municipios de Bosconia, Pailitas y Pelaya de las cuales se comprobó que si bien hubo una entrega de equipos de cómputo, no obstante fueron retirados por el Gerente de la Fundación por la terminación unilateral del convenio. Además en las actas se evidenciaba que la entrega no fue realizada de manera completa conforme a los compromisos adquiridos.

51.17. El acto administrativo que contiene el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 de 4 de mayo de 2011 "[...] mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en cuantía de \$ 463.300.200, atribuida en forma indexada contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., **como civilmente responsable** [...]", del cual respecto a la parte demandante se colige lo siguiente:

"[...] Después de analizar jurídicamente el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el auto de imputación notificado a la COMPAÑÍA ASEGURADORA SURAMERICANA S.A., donde se le atribuye su responsabilidad y participación como tercero civilmente responsable, este despacho, basado en la transparencia e idoneidad entrar (sic) a decidir con claridad meridiana el compromiso que le corresponde a dicha aseguradora.

Es de anotar que la defensa de la Corporación comprometida no desvirtúa en nada el auto de imputación notificado, alegando la inexistencia de la obligación condicional a cargo de seguros generales suramericana, como también alega la ausencia de la realización de los riesgos asegurados en la póliza de cumplimiento e inexistencia de cobertura de riesgos derivados de falencias de la administración en la etapa precontractual. Toda vez que este despacho determina y pone en conocimiento a la defensa de esta aseguradora, que dicha compañía amparó el buen manejo y correcta inversión del anticipo, como también el cumplimiento del convenio asegurado, es de sugerir a la defensa con claridad, que el objeto del convenio no se cumplió, **que el buen manejo y correcta inversión del anticipo no se dio ya que el contratista no consumó el objeto contractual y la inversión fue totalmente irregular ya que los equipos suministrados no llenaban las exigencias establecidas, toda vez que eran computadores de baja gama y desactualizados que a todas luces no llenaban las expectativas para lo cual se contrató**, es evidente tomar como fundamento las explicaciones dadas anteriormente, lo que nos prueba y demuestra el incumplimiento a toda cabalidad del objeto del convenio, es decir, el contratista o representante legal de la fundación con quien se suscribió dicho convenio **y quien fue la persona que en forma arbitraria y sin autorización procedió a darle manejo irregular al anticipo, actuando con dolo [...]**.

Es de poner de conocimiento que el proceso de responsabilidad fiscal, es ajeno a las connotaciones o mecanismos utilizados por la Gobernación del Departamento del Cesar para decretar la terminación del convenio en referencia, por estimar la administración que se habían obtenido procedimientos en la fase precontractual basados en anomalías, que por tal razón era pertinente dar por terminado unilateralmente el contrato, caso contrario, este despacho conceptúa que el proceso de responsabilidad fiscal va encaminado única y exclusivamente a resarcir el daño cometido, obtenido por las conductas lesivas en cuanto al incumplimiento del contrato, es de

anotar que aquí no se cumplió el objeto del convenio y la inversión fue totalmente descabellada del cual la aseguradora tiene la obligación de responder ya que en su oportunidad se amparó este deber que se tenía la obligatoriedad de cumplir.

Del esclarecimiento antes mencionado se desprende de allí ciertos elementos sustanciales muy importante que determina la falta de pertinencia del contratista y la falta de seguimiento y **cuidado por parte de la compañía, es decir, del buen manejo y correcta inversión, es de anotar que no existió una buena administración del anticipo y no se le dio una correcta inversión** ya que lo que se compró o suministró fue una compraventa de computadores obsoletos y de baja gama que lógicamente ese no era el objeto del convenio, lo contrario del objeto contractual era la dotación de las bibliotecas del departamento del cesar, comprendida en otorgarles en toda su estructura una excelente comunicación, como internet, instalación de programas virtuales que aportaran un buen método de orientación [...] eso no se dio no se causo (sic), entonces como lo refleja la defensa un buen manejo si no se le hizo el respectivo seguimiento era indispensable realizarlo para el buen manejo de lo asegurado, es importante describir y manifestar que ni se cumplió el objeto del convenio **ni se hizo una correcta inversión al anticipo del contrato N° 497 de 2007 [...]"**

51.18. El acto administrativo que contiene el auto de 5 de agosto de 2011, mediante el cual "[...] se resuelve recurso de apelación interpuesto por Seguros Generales Suramericana (antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.), mediante el cual se confirma en todas sus partes el fallo con responsabilidad fiscal núm. 040 [...]", del cual se colige lo siguiente:

"[...] En relación con la empresa aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. se pudo verificar que dicha aseguradora amparo (sic) por intermedio de la póliza No. 1538042-3 EL BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO Y CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, y como dispuso el máximo ente constitucional, el papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparado por una póliza que tiene la finalidad de garantizar el bien común y el resarcimiento del daño causado al erario público.

En este orden de ideas no puede pretender la empresa aseguradora excusarse en que por fallas en la etapa precontractual que concluyó con la firma del convenio en estudio, exonera en sus obligaciones de amparo frente a un detrimento causado al ente territorial asegurado mediante una póliza expedida legalmente en cumplimiento del contrato **como el buen manejo y correcta inversión del anticipo [...]**. Y de igual forma será declarado como tercero civilmente responsable a la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. [...]"

Solución al problema jurídico planteado

52. De las pruebas anteriormente citadas se desprende que:

53. La póliza única de cumplimiento amparó los riesgos de cumplimiento y del debido cuidado y manejo del anticipo del Convenio de Cooperación 497 de 2007, el cual, conforme la cláusula décima quinta establecía que se perfeccionaba con la suscripción de las firmas y la expedición del respectivo registro presupuestal, lo cual ocurrió en el caso sub examine y, para su ejecución, requería de la realización del acta de inicio de las actividades debidamente suscrito entre el interventor, el supervisor y el representante legal del cooperante.

54. Por tanto, contrario a lo señalado por la parte demandante, la póliza no cobijaba asuntos

precontractuales para garantizar, entre otras, la seriedad de la oferta, sino que, garantizaba asuntos contractuales destinados a asegurar los riesgos que pudieran afectar el patrimonio público durante la vigencia del convenio, el cual, se repite, ya se había perfeccionado.

55. Asimismo, de lo expuesto en los actos administrativos acusados se desprende que la Contraloría General del Departamento del Cesar, declaró civilmente responsable a la parte demandante dentro del juicio de responsabilidad fiscal seguido contra los representantes de la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario, toda vez que, se configuró el riesgo asegurable por el indebido manejo del anticipo del convenio de cooperación (asunto eminentemente contractual) señalado en la póliza única de cumplimiento y no como lo señala la parte demandante, por el incumplimiento del objeto por la terminación unilateral por asuntos precontractuales, situación última que es ajena y autónoma de la acción de responsabilidad fiscal y que fue descartada desde el acto administrativo expedido por la parte demandada que imputó cargos de responsabilidad fiscal.

56. En efecto, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que una vez aprobada la póliza única de cumplimiento, el Departamento del Cesar realizó el desembolso del anticipo señalado en la cláusula cuarta del convenio.

57. Asimismo, que no se produjo la suscripción del acta de inicio del Convenio de Cooperación núm. 497 de 2007, por las irregularidades reseñadas supra por la interventoría y que, no obstante lo anterior, los representantes legales de la Fundación procedieron a realizar la entrega de unos computadores a las bibliotecas de algunos municipios del Departamento del Cesar, por lo que, la Sala considera que la ausencia del acta de inicio dejaba sin respaldo alguno cualquier actividad que se efectuara y no podía entenderse como ejecución del convenio al no ser autorizada por la administración.

58. Además de lo anterior, porque la entrega de los equipos no se dio al comprador (Departamento del Cesar), sino a algunos beneficiarios del negocio jurídico, los cuales, con posterioridad, fueron retirados de cada una de las bibliotecas, configurándose el daño patrimonial, situación que fue determinada en cada una de las visitas especiales realizadas por la parte demandada, en las que se demostró que el Departamento no recibió ningún beneficio por la actividad realizada por la Fundación de Profesionales por el Cesar para el Desarrollo Social y Comunitario.

59. De igual manera, la Sala observa que en firme la resolución que declaró la terminación unilateral del contrato, el contratista se rehusó devolver los dineros correspondientes al anticipo, por lo que el Departamento del Cesar declaró el siniestro del buen manejo y correcta inversión del anticipo que se encontraba amparado con la póliza de garantía única expedida por la compañía Suramericana de Seguros, entonces, mal puede sostener la compañía de seguros que el contratista haya invertido o ejecutado el anticipo en la ejecución del convenio y, en esa medida, se encontraba demostrada la configuración del riesgo asegurable de la póliza única de seguro de cumplimiento núm. 1538042-3.

60. Finalmente, es pertinente señalar que la Sección Tercera del Consejo de Estado[25] al estudiar en la acción contractual la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró la terminación unilateral del Convenio de Cooperación 497 de 2007 y el acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro, determinó que, en el presente asunto, se concretó el riesgo asegurable por no haberse devuelto ni haberse acreditado la inversión del anticipo por parte del contratista.

61. En suma, la Sala confirmará la sentencia apelada al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, toda vez que en el presente asunto es procedente la declaratoria de responsabilidad civil de la parte demandante, en la medida que se concretó el riesgo asegurable por no haberse devuelto ni haberse acreditado la inversión del anticipo por parte del contratista.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Cesar el 27 de febrero de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidente

Consejera de Estado

Consejero de Estado

Ausente en comisión

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

[1] Demanda presentada el 24 de enero de 2012, en vigencia del Código Contencioso Administrativo

[2] Antes Compañía Suramericana de Seguros S.A.

[3] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

[4] Folio 126 a 130 del cuaderno núm. 2 del expediente

[5] Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías

[6] Folios 194 a 201 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[7] Folios 208 a 233 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[8] Folios 237 a 255 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[9] Folio 26 del cuaderno principal.

[10] "[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]".

[11] Entendido como el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público [...].

[12] Sentencia C-648/02, de 13 de agosto de 2002

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

[14] Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 25000 23 24 000 2004 00529 01

[15] Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 25000 23 24 000 2004 00529 01.

[16] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, sentencia de 10 de marzo de 2016, C.P. María Claudia Rojas Lasso, número único de radicación 25000 23 24 000 2005 00029 01

[17] Folios 82 a 86 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[18] Folios 41 a 50 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[19] Folio 225 del cuaderno número 3 del expediente

[20] Folio 86 del cuaderno núm. 3 del expediente.

[21] Folios 115 a 173 del cuaderno núm. 3 del expediente

[22] Folios 72 a 76 del cuaderno núm. 2 del expediente

[23] Folio 77 a 81 del cuaderno núm. 2 del expediente

[24] Folios 69 a 71 del cuaderno núm. 2 del expediente.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, número único de radicación 20001 23 31 000 2009 000770 01



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



MINTIC