Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2013-00200-01
Demandante	SOCIEDAD SEGUROS DEL ESTADO S.A.
Demandado	NACIÓN- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Tema	PRESCRIPCIÓN DE POLIZA DE CUMPLIMIENTO
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

"1. Que es nulo el acto administrativo mediante el cual se profirió el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 00015 del 07 de septiembre de 2012, expedido por la Contraloría General de la Republica -Director de Investigaciones Fiscales-, mediante el cual, en su ARTICULO PRIMERO falló con responsabilidad Fiscal en cuantía de DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON SEIS CENTAVOS ($18.998.548.879,06) a titulo de dolo por el primer hecho y culpa grave por los hechos dos y tres, en forma solidaria en contra de las firmas COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL COMERCIAL DE SERVICIOS Y MERCADEO Y CIA LTDA -CI COMERCIAL SM Y SIA LTDA, NIT 860352151-4; COMERCIAL DE ORIENTE LTDA, no reporta NIT, y LICORES CAÑAMAR Y CIA LTDA

con NIT 0800046340-1 en calidad de contratista e integrantes de la Sociedad Anónima CONSORCIO DE SERVICIOS Y MERCADEO DE LICORES S.A. responsables solidarios; con ocasión de los hechos que son objeto del proceso de Responsabilidad Fiscal No. 01623, discriminados así:

-Por omisión legal en el pago de la obligación tributaria IVA, establecida por la DIAN y reconocida en el proceso de liquidación obligatoria del contratista por valor indexado de $4.763.390000,31.

-Por el incumplimiento en el pago del acuerdo establecido en el acta de terminación del contrato bilateral de fecha 13 de febrero de 2003, por valor indexado de $876.796.286,17.

-Por omisión de cancelar la obligación clara, expresa y exigible establecida en el acta de liquidación de terminación unilateral de fecha 02 de mayo de 2013, cuantificada $13.358.362.592,89.

El ARTICULO SEGUNDO incorporó el Fallo de Responsabilidad Fiscal No. 00015 del 07 de septiembre de 2012, la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 9531252, adquirida inicialmente con el CONSORCIO SM, prorrogada posteriormente con la SOCIEDAD CONSORCIO SM S.A., que cubre los amparos cumplimiento $129.600.000 y clausula penal pecuniario $129.600.000 por los hechos dos y tres relacionado con el incumplimiento de las obligaciones contractuales de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del proveído.
(…)

2. Que es nulo el Acto Administrativo contenido en el Auto No. 0943 del 21de noviembre de 2012, proferido por la Directora de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Republica, mediante el cual se resolvió el Recurso de Reposición, en el cual confirmó el fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 y excluyó dentro de los amparos de la póliza LA CLAUSULA PENAL por un valor de $129.600.000 y concede el recurso de apelación.

3. Que es nulo el Acto Administrativo contenido en el Auto No. 000763 del 6 de diciembre de 2012, proferido por el Contralor Delegado de Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la

Republica, mediante el cual se desata el recurso de Apelación dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal No. 01623, en el que confirmó el fallo de responsabilidad Fiscal No. No. 00015 del 07 de septiembre de 2012, y el Auto No. 0943 del 21 de noviembre de 2012, que en su ARTICULO SEGUNDO dispuso excluir dentro de los amparos de la póliza No. 9531252, la CLAUSULA PENAL, por valor de $129.6000.000 u confirmó en las demás partes el Fallo con responsabilidad Fiscal.

4. Que como consecuencia de la declaración de nulidad y en calidad del restablecimiento del derecho, se ordene a la Nación- Contraloría General de la Republica, reembolsar la suma de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS ($147.093.753.65) mas la indexación, a favor de la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. en razón a que la Contraloría hizo efectiva la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 9531252, a su favor, por medio del fallo de responsabilidad fiscal No. 00015.

5. Condénese en costas a la Nación – Contraloría General de la Republica, con fundamento en el articulo 188 de la Ley 1437 de 2011."

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Se señalan en los hechos de la demanda que el día 1 de noviembre de 1995 la Sociedad Seguros Generales del Estado expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 9531252, siendo el tomador CONROSCIO S.A. y como beneficiado INDUSTRIA LICORERA DE BOLIVAR con el objeto de garantizar *"la ejecución del contrato de ejecución operativa de maquinarias y equipos de la Industria Licores de Bolivar para la fabricación de licores y la comercialización y distribución de licor tres esquinas"*. Los amparos otorgados fueron los siguientes:

	AMPARO	VALOR
1	CUMPLIMIENTO	$129.600.000.oo
2	CLAUSULA PENAL	$129.600.000.oo
3	CALIDAD DE SERIVICO	$129.600.000.oo

4	SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	$64.800.000.oo

- A su turno, la Contraloría General de la Republica, mediante el Auto No. 1745 de 2007 abrió proceso de responsabilidad fiscal contra el consorcio contratista y vinculo como tercero civilmente responsable a la sociedad aseguradora, hoy demandante.

- Mediante auto No. 0325 del 2012 la Contraloría General de la Republica imputó responsabilidad fiscal en contra de las sociedades CONSORCIO DE SERVICIOS Y MERCADEO DE LICORES S.A., COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL COMERCAL DE SERVICIOS Y MARCADEO CIA LTDA, CI COMERIAL SM Y CIA LTDA, COMERCIAL DE ORIENTE LTDA, LICORES CAÑAMAR Y CIA LTDA en calidad de integrantes de la Sociedad Anónima CONSORCIO DE SERVICIOS Y MERCADEO DE LICORES S.A. responsables solidarios, por el daño patrimonial de la suma de $13.280.185.427 y mantuvo como tercero civilmente responsable a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

- El día 7 de septiembre de 2012 la Contraloría General de la Republica expidió fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 en contra de las sociedades que integraban el consorcio contratista en forma solidaria. En el articulo segundo incorporó al fallo la Póliza de cumplimiento No. 9531252.

- Contra el fallo No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Auto No. 0943 del 21 de noviembre de 2012 confirmando el fallo impugnado en todas sus partes y ordenando excluir dentro de los amparos del de la clausula penal por valor de $129.600.000.oo y concedió el recurso de apelación.

- Posteriormente, mediante Auto No. 000763 del 6 de diciembre de 2012 se resolvió el recurso de apelación siendo confirmado el auto No. 00015 del 7 de septiembre de 2012.

- Indica la actora que para la fecha de ejecutoria del fallo, esto es, el 13 de diciembre de 2012, ya habian transcurrido mas de dos años, contados desde la fecha del auto de apertura, por lo que afirma que opero la prescrición del articulo 1081 del Codigo de Comercio, frente a las polizas de Seguro de Cumplimiento No. 9531252, en los terminos de las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente, Dr. Rafael E. Ostau de la Font Pianeta, 250002324000 200400529-01 del 18 de marzo de 2010 y No. 68001-23-15-000-2004-000654-07 del 17 de junio de 2010.

- Señala que la obligación fue cancelada por la demandante el 10 de abril de 2013 mediante deposito en cuenta correinte No. 110-05000119-7 del Banco Popular y cuyo titular es la Dirección del Tesoro Nacional. El deposito correspondió a la suma de $129.600.000.oo mas $17.493.753, por concepto de intereses para un total de $147.093.753,65.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante señaló como normas violadas las siguientes: Constitución Policita, artículos 13 y 29, Código de Comercio artículos 1081, 20, 21, 22 y 461, Ley 610 de 2000 artículo 44, Ley 80 de 1993 artículo 24, Ley 42 de 1993 articulo 21, Ley 1437 de 2011 artículo 10, Ley 53 de 1887 artículo 41, Ley 57 de 1887 artículo 5.

Aduce la parte demandante que la Contraloría viola el debido proceso al inaplicar las normas propias del contrato de seguro regido por el Código de Comercio; señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 1081 del Código de comercio, el computo del término de prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguro, debe contarse a partir del momento en que el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, el cual en el sub examine se presenta con el auto de apertura, es decir el 27 de diciembre de 2007,

por lo que asegura que a partir de esa fecha la Contraloría contaba con dos años para emitir el fallo debidamente ejecutoriado, el cual finalizó el 26 de diciembre de 2009, sin embargo en el presente asunto el fallo de responsabilidad fiscal se profirió el 7 de septiembre de 2012 quedando ejecutoriado el 13 de septiembre de 2012.

Indica la parte actora que para la Contraloría, el fallo quedó ejecutoriado el 6 de diciembre de 2012, y en ese sentido a juicio de la demandante esto ocurrió 2 años, 11 meses y 17 días después de haber operado el fenómeno de la prescripción de la póliza de cumplimiento, razón por la cual ya no era exigible su cobertura.

Señala que la jurisprudencia aplicada por la Contraloría General de la Republica en el fallo de responsabilidad fiscal son de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y no resultan aplicables al caso en concreto, toda vez que las mismas versan sobre procesos de Jurisdicción Coactiva en los cuales los títulos ya están conformados, mientras que el proceso de responsabilidad fiscal es una actuación administrativa que tiene como finalidad configurar el titulo ejecutivo, a través del fallo de responsabilidad fiscal.

En efecto, advierte que la Contraloría General de la Republica en el fallo de responsabilidad fiscal concluyó que la prescripción aplicable era la contenida en el articulo 120 de la Ley 1474 de 2011 el cual a su vez remite al articulo 9 de la Ley 640 de 2000 la cual estipula que las pólizas de seguros por las cuales se vinculen al proceso de responsabilidad fiscal prescribirán en 5 años contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho termino no de ha dictado providencia en firme que la declare.

En ese sentido, señala que la Contraloría General de la Republica no podía aplicar en el proceso de responsabilidad fiscal No. 01623 para efectos de prescripción de la póliza de seguro de cumplimiento el articulo 120 de la Ley 1474 de 2011 por las siguientes razones:

1. La cobertura de la póliza de seguro de cumplimiento Entidad Estatal No. 9531252, amparo el cumplimiento, inicio la vigencia dese el 25 de

octubre de 1995 y se prorrogo de vigencia en vigencia hasta el 25 de diciembre de 2002.

2. Según las normas aplicables sobre prescripción a la póliza de seguro, para la fecha de expedición y hasta el ultimo día de su vigencia, no existía el artículo 120 de la Ley 1474 de 2001, dicha norma es posterior, por tal razón no es aplicable a la citada póliza, conforme lo establece el articulo 41 de la Ley 153 de 1998 plenamente vigente a la fecha.
3. Para la fecha en que se aperturó el proceso de responsabilidad fiscal No. 01623, es decir el 27 de diciembre de 2007, tampoco estaba vigente el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 300-326)

En sentencia de fecha veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, ordenando lo siguiente:

> *"PRIMERO: Declarar la nulidad del numeral segundo de la parte de septiembre de resolutiva del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 proferido por la Contraloría General de la Republica; y del Numeral Cuarto en lo relativo a la sociedad demandante.*
>
> *SEGUNDO: A titulo de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a reembolsar a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. la suma de CIENTO CUARENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON CINCO CENTAVOS ($147.093.753.65), que se indexaran aplicando la siguiente formula.*
>
> *R= R.H. x ÍNDICE FINAL*
>
> *ÍNDICE INICIAL*
>
> *Donde (R) SE DETERMINA MULTIPLICANDO EL valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final (f3cha de ejecutoria de esta providencia) entre el índice inicial (fecha en que se efectuó el pago) el 10 de abril de 2013.*

(…)"

Para tal efecto considero el A quo que la administración desconoció el término de prescripción establecido en el articulo 1081 del Código de Comercio de las obligaciones derivadas de un contrato de seguro, teniendo en cuenta que la responsabilidad de las sociedades aseguradoras es civil y no fiscal.

Señaló que esa distinción ha sido precisada en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, en la cual se concluyó que es posible la vinculación de las sociedades aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, pues tienen una obligación de garantes dentro del término que establece el Código de Comercio.

4. LA APELACIÓN

3.1 Parte demandada (Fl. 332-349)

La entidad demandada en su recurso de alzada solicita que se revoque el fallo de primera instancia por lo siguiente.

Afirma que la sentencia objeto del recurso asume de manera equivocada que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, es parte en el contrato de seguros, por ende se le deben aplicar los derechos y obligaciones entre otras, el término de la prescripción extintiva que señala el artículo 1081 del Código de Comercio, lo cual es un contrasentido, toda vez que las partes en los contratos de seguros son quienes comparecen a celebrar un negocio jurídico del seguro, por lo que manifestó que la CONTRALORIA al no participar en el proceso de formación del contrato no es parte de dicho contrato.

Aduce que la prescripción establecida en el articulo 1081 del Código de Comercio es de aplicación entre las partes que celebran el contrato en relación a las clausulas pactadas en el propio contrato d seguros, por lo que asegura que no puede ser alegada la prescripción prevista en la Ley comercial ante la Contraloría General de la Republica en el tramite del proceso de responsabilidad fiscal.

Señala que en el tema de la prescripción debe prevalecer la regulación de la Ley 610 de 2000 sobre la regulación del Código de Comercio, por cuanto la primera consagra la forma en que las Contralorías deben ejercer su función constitucional de establecer la responsabilidad fiscal de quienes manejan, custodian o administran recursos públicos, mientras que el Código de Comercio regula las relaciones entre particulares sometidos a la autonomía de su voluntad.

Igualmente advierte la entidad que la vinculación al garante dentro del proceso de responsabilidad fiscal es una figura accesoria al proceso de responsabilidad fiscal consagrado en la ley 610 de 2000 y por ello esta sometida a los términos de caducidad y prescripción contemplados para el proceso en el articulo 9 de la misma Ley 610 de 2000.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 8 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 15 de abril de 2016 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. PARTE DEMANDANTE (Fl. 19-20)

La parte demandante solicita que se confirme el fallo impugnado.

5.2 PARTE DEMANDADA (Fl. 15-18)

La entidad accionada ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio público, no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos a absolver, consisten en determinar si en el sub examine:

¿Es procedente declarar la nulidad del artículo segundo del fallo de Responsabilidad Fiscal No. 00015 del 07 de septiembre de 2012, expedido por la Contraloría General de la Republica -Director de Investigaciones Fiscales-, y sus confirmatorias, Auto No. 0943 del 21de noviembre de 2012, y No. 000763 del 6 de diciembre de 2012; al existir prescripción de la Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales No. 9531252 expedida por la empresa SEGUROS GENERALES DEL ESTADO S.A. de conformidad con lo establecido en el artículo 1081 de Código de Comercio?

3. TESIS

La Sala de decisión confirmará la sentencia impugnada al considerar que se acreditaron los cargos de nulidad invocados por la parte demandante, toda vez que en el presente asunto operó la prescripción de la póliza de seguro No. 9531252, teniendo en cuenta en primer lugar que el artículo 120 de

la Ley 1474 de 2011, el cual remite al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, no se encontraba vigente cuando se inició el proceso de responsabilidad fiscal y en segundo lugar, en atención a que la vinculación de la aseguradora se dio en calidad de tercero civilmente responsable; por lo que se debe aplicar la prescripción ordinaria señalada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Responsabilidad fiscal

Precisa la Sala que el control fiscal fue catalogado como función pública en los términos del articulo 267 de la Constitución Política así:

> *"Artículo 267.- El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (…)*
>
> *"La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (…)".*

En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador expidió la Ley 42 de 1993, la cual a su vez fue modificada parcialmente por la ley 610 de 2000, mediante la cual se desarrolló el sistema de control fiscal, precisando en su artículo 4° que el mismo se ejerce sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que *"manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes o niveles"*.

A su turno, el artículo 2 de la Ley 42 de 1993 estableció que están sujetos al control fiscal: *"los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejan fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República"*.

Ahora bien, la Ley 610 de 2000 señaló que la responsabilidad fiscal se predica contra *"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"*, igualmente estipuló el objeto y los elementos de dicha responsabilidad.

> *"Artículo 4. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.(…)*
>
> *"Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*
>
> *"Parágrafo 1°.- La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad".*
>
> *Parágrafo 2°. El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve". (Este parágrafo fue declarado inconstitucional mediante la Sentencia C-619 de 2002).*
>
> *"Artículo 5°.- Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:*
> *- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
> *- Un daño patrimonial al Estado.*
> *- Un nexo entre los dos elementos anteriores".*

En otra arista se advierte que la pluricitada Ley 610 de 2000 establece en su artículo 9 los dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción. Al respecto, el articulo 9 señala lo siguiente:

> ***"ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION.*** *<Artículo modificado por el artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción fiscal.*
>
> *Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.*

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

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

De la norma en cita se puede concluir lo siguiente: (i) la acción fiscal caduca si transcurridos 10 años, desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; (ii) el citado término se empieza a contar a) para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización; mientras que, b) para los hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, desde el último hecho o acto, (ii) la acción fiscal prescribe si transcurridos 5 años, desde la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare la responsabilidad.

Por otro lado, en la norma ibidem, específicamente en el articulo 44 se establece la obligación por parte de la Contraloría General de la Republica de vincular a las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal cuando el presunto responsable o el contrato objeto de la investigación de encuentre amparado en un contrato de seguro.

"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.*

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella."

Al respecto, la Corte Constitucional[1] ha señalado que la finalidad de dicha vinculación obedece al resarcimiento del patrimonio público y que dicha vinculación está delimitada por el riesgo amparado:

> *"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."*

4.2. Del contrato de seguros y de la obligación del asegurador.

El contrato de seguros está regulado en el Código de Comercio en el título V, capítulo I, en la cual el legislador lo definió como *el "…contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva."*

En el contrato de seguros intervienen dos partes, el asegurador – persona jurídica que asume el riesgo- y el tomador – persona que traslada los riesgos, el contrato de seguros debe cumplir con unos elementos[2] esenciales para que se pueda entender como tal, y al no cumplirse no produciría efecto alguno.

Por otro lado, el contrato de seguros se debe constituir por medio de una póliza que debe tener además de las condiciones generales del contrato,

---

[1] Corte Constitucional sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, MP. Dr. JAIME CORDOVA Corte Constitucional en sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002 TRIVIÑO.

[2] ARTÍCULO 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1) El interés asegurable;

2) El riesgo asegurable;

3) La prima o precio del seguro, y

4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

otros requisitos formales[3], en los que se encuentra, la suma aseguradora o el modo de precisarla.
Una vez constituido el contrato de seguros, es responsabilidad del asegurador, responder por el valor de la indemnización en los términos del contrato. – art. 1073 y 1079[4] del C.Có.-

Sobre el contrato de seguros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, en Sentencia del 7 de mayo de 2002, Expediente 6181, se pronunció en los siguientes términos:

> *"1. El seguro de cumplimiento fue creado por la Ley 225 de 1938, con la autorización contenida en su artículo segundo para que el seguro de manejo allí instituido, se hiciese extensivo al* "(...) cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos".
>
> *"Esta especie de contrato, que es una variante de los seguros de daños, tiene por objeto servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza* "(...) el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no

---

[3] **ARTÍCULO 1047.** La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

1) La razón o denominación social del asegurador;

2) El nombre del tomador;

3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;

4) La calidad en que actúe el tomador del seguro;

5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;

6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;

7**) La suma aseguradora o el modo de precisarla;**

8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;

9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo:

10) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y

11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

[4] El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

cumplimiento, **el asegurador toma a su cargo 'hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación' amparada.**"*(C. S. J., Sent. del 15 de marzo de 1983)*.

"Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado.

"El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

*"**Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada**.*

*"Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, **para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado."** (Subrayas fuera de texto)*

Por consíguete tenemos que en los contratos de seguros el asegurador responde solo hasta el monto asegurado, y dentro del plazo estipulado.

4.2.1 Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Ahora bien, para estudiar la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, cuyo tenor literal es el siguiente:

***ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

De lo anterior, es importante precisar que hay un término de vigencia del contrato en el cual se cubre el riesgo o siniestro que ocurra en la duración del contrato de seguro, y otro es el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros el cual empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o de que el beneficiario o la autoridad competente tienen como

Sobre este artículo, el Consejo de Estado, Sección Tercera en sentencia del 11 de diciembre de 2002, Exp 22511 manifestó lo siguiente:

> *"Para la comprensión de este artículo deben tenerse en cuenta otras disposiciones del mismo código artículos 1.072 y 1.131; en materia de seguros también dispone que el riesgo asegurado debe acaecer dentro de la vigencia del contrato de seguro. Es de ley que cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemnice a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a los estrados judiciales, para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo.*
>
> *Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que se declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial vía administrativa; la reclamación así entendida- noticiando al asegurador- tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro.*
>
> *Se repite: el código de comercio dispone: La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*
>
> *(…)*
>
> *La vigencia de la póliza, es el período dentro del cual el asegurador, si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responde, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, la responsabilidad de indemnizar. Podría decirse de otro modo, si el hecho o el riesgo asegurado ocurre o se da, dentro del primero o ultimo minuto de la vigencia de la garantía, en principio, el asegurador debe responder. Cuando la administración declara la existencia del siniestro y ocurrencia del riesgo asegurado, concluye que se dio o ocurrieron antecedentes precavidos en el contrato de seguro del que es beneficiario; no*

significa que el acto jurídico que declara la existencia del siniestro hace que en la vida jurídica el siniestro se dé en ese momento; lo que ocurre es, que previo a proferir ese acto jurídico, el riesgo asegurado ha acaecido; la ocurrencia del siniestro es en lógica, anterior al acto que reconoce su ocurrencia. Recuérdese, por otra parte, que el riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurado y que se entiende ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado."

Ahora bien, frente a la distinción entre prescripción ordinaria y extraordinaria la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de junio de 2007. Exp. 0469-01. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo precisó lo siguiente:

"1.5. En lo que atañe al contrato de seguro, el Código de Comercio se ocupó, en su artículo 1081, de regular el tema de la prescripción de las acciones derivadas del mismo o de las normas legales que lo disciplinan, erigiéndose, por tanto, en la regla general sobre la materia. Al respecto, estatuyó que "podrá ser ordinaria o extraordinaria (inc. 1°) y dispuso que la primera "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 (inc. 2°), mientras que la extraordinaria "será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho" (inc. 3°). (…)

"Sobre el particular, pertinente es tener en cuenta:

"a) En primer término, que una y otra clase de prescripción ostentan diferente naturaleza, pues en tanto la ordinaria se estructura como subjetiva, la extraordinaria, por el contrario se muestra netamente objetiva, (…). Ello es así, en la medida en que la comentada disposición hizo depender, la primera, del "conocimiento" "que el interesado haya tenido o debido tener del hecho que da base a la acción" y la segunda, del "momento en que nace el respectivo derecho". En tal virtud, la operancia de aquélla implica el "conocimiento" real o presunto por parte del titular de la respectiva acción, en concreto, de la ocurrencia del hecho que la genera, cuestión que dependerá, por tanto, no del acaecimiento del mismo, desde una perspectiva ontológica y, por ende, material, sino del instante en que el interesado se informó de dicho acontecer o debió saber de su realización, vale decir desde que se volvió cognoscible, o por lo menos pudo volverse (enteramiento efectivo o presuntivo, respectivamente). En cambio el precitado precepto señaló que la prescripción extraordinaria irrumpirá a partir del surgimiento, en el cosmos jurídico, del respectivo derecho, independientemente de cualquier enteramiento que sobre su existencia tenga o no el titular; basta pues su floración, como tal, para que la prescripción extraordinaria empiece a correr. De ahí su caracterizada y

anunciada objetividad, que se contrapone, por completo, a la más mínima subjetividad. (…)

"b) (…) Obsérvese que la norma del artículo 1081 del Código de Comercio, sobre el particular, no hizo diferencias, de forma que se refirió a que la "prescripción" de las "acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo regulan", de todas (…). (…) Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir estas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan, (…) la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue". (…)

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

-Se encuentra acreditado en el expediente que el 25 de octubre de 1995, la Industria Licorera de Bolivar suscribió con el Consorcio SM conformado por seis empresas, un contrato de "*ejecución operativa de maquinaria y equipos de la Industria Licorera de Bolivar para la fabricación de licores y la comercialización y distribución del licor tres esquinas".(*Fl.14-27)

-A su turno, el contrato fue cedido a la sociedad anónima Consorcio de Servicios y Mercadeo Ltda de Licores S.A. Consorcio S.M. mediante resolución No. 99-05-27-01 del 27 de mayo de 1999.

-Se advierte que las obligaciones contractuales del Consorcio S.M fueron garantizadas mediante la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 9531252 de fecha 1 de noviembre de 1995 en favor de INDUSTRIAS LICORERA DE BOLIVAR expedida por Seguros del Estado S.A. con vigencia hasta el 25 de diciembre de 1999 (Fl. 84-85) y modificada mediante anexo de modificación del 20 de enero de 2002 con vigencia hasta el 25 de diciembre de 2002. (Fl. 88)

-En desarrollo del contrato la Gerencia de Industria Licorera de Bolivar declaró la caducidad del mismo a través de Resolución No. 2002-12-17-01 del 17 de diciembre de 2002 y ordenó su liquidación. (Fl. 91-100)

-Mediante acta del 13 de febrero de 2003, las partes contratantes convinieron en liquidar parcialmente el contrato, estableciéndose los valores que adeudaba el contratista por conceto de margen de utilidad y utilización de maquinaria y equipos, mesadas de jubilación de los empleados de INDUBOL y se acordaron los términos para entrega de maquinaria y equipo entre otras cosas, posteriormente, mediante resolución No. 2003-05-02-01 del 2 de mayo de 2003 se liquidó unilateralmente el contrato en aquellos aspectos que no fueron objeto de acuerdo con el contratista. (Fl. 116-122)

-El Consorcio S.M. S.A. promovió acción contractual contra INDUBOL y a su turno, INDUBOL inició acción ejecutiva contra el consorcio, con fundamento en las liquidaciones del contrato.

-Ahora bien, mediante auto de apertura No. 1745 del 27 de diciembre de 2007 la Contraloría General de la Republica inició proceso de responsabilidad fiscal en el cual figura como afectada Industria Licorera de Bolivar y como implicados el Consorcio de Servicios y Mercadeo de Licores S.A. Consorcio S.M S.A. en liquidación, identificado con el proceso No. 1623 al considerar que existieron hechos que generaron un daño patrimonial al Estado y que comprometen la responsabilidad fiscal del contratista, es decir del consorcio, por lo anterior, se vinculó como garante y tercero civilmente responsable a la aseguradora Seguros del Estado, en virtud de que las obligaciones a cargo del Consorcio S.A. S.A. fueron garantizadas mediante póliza No. 9531255, garantía única de cumplimiento expedida por la aseguradora la cual fue modificada el día 20 de enero de 2002, aprobada por INDUBOL mediante resolución No. 019 del 3 de noviembre de 1995. (Fl. 3-12)

-Posteriormente mediante fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 la Contraloría General de la Republica resolvió fallar con responsabilidad de conformidad con el articulo 53 de la Ley 610 de 2000, a titulo de dolo por el primer hecho (omisión legal en el pago del IVA) y culpa

grave POR LOS HECHOS DOS Y TRES (incumplimiento en el pago del acuerdo establecido en el acta de terminación bilateral de fecha 13 de febrero de 2003 y omisión de cancelar la obligación clara, expresa y exigible establecida en el acta de liquidación unilateral de fecha 2 de mayo de 2003) a los integrantes del Consorcio de Servicios y Mercadeo de Licores S.A. Consorcio S.M S.A. en forma solidaria, y se incluyó la póliza de cumplimiento de entidades oficiales No. 9531252 adquirida inicialmente con el CONSROCIO S.A. prorrogada por la Sociedad Consorcio SM, aprobada mediante resolución No. 019 del 3 de noviembre de 1995 que cubre los siguientes amparos: cumplimiento $129.600.000 y cláusula penal pecuniaria $129.600.000 por los hechos dos y tres relacionado con el incumplimiento de las obligaciones contractuales. (Fl. 28-52)

-A su vez, mediante auto No. 0943 del 21 de noviembre de 2012 la Contraloría General de la Republica resolvió recurso de reposición contra el fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 en la cual se confirmó el fallo recurrido, sin embargo, se excluyó dentro de los amparos de la póliza la clausula penal por valor de $129.600.000. (Fl. 53-67).

-Finalmente, mediante auto No. 000763 del 6 de diciembre de 2012 la Contraloría General de la Republica confirmó en todas sus partes el fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 en virtud del recurso de apelación interpuesto, quedando ejecutoriada el 6 de diciembre de2012. (Fl. 68-81)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

A través del presente medio de control, la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. solicita que se declare la nulidad del artículo segundo del fallo de Responsabilidad Fiscal No. 00015 del 07 de septiembre de 2012, expedido por la Contraloría General de la Republica -Director de Investigaciones Fiscales-, y sus confirmatorias, Auto No. 0943 del 21de noviembre de 2012, y No. 000763 del 6 de diciembre de 2012; al considerar que existe prescripción de la Póliza de Cumplimiento de Entidades Estatales No. 9531252 expedida por dicha empresa en favor de Industrias Licores de Bolívar.

El A quo por su parte, concedió las pretensiones de la demanda

argumentando en síntesis que la administración desconoció el término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio de las obligaciones derivadas de un contrato de seguro, teniendo en cuenta que la responsabilidad de las sociedades aseguradoras es civil y no fiscal.

Señaló que esa distinción ha sido precisada en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, en la cual se concluyó que es posible la vinculación de las sociedades aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, pues tienen una obligación de garantes dentro del término que establece el Código de Comercio.

Por lo anterior, la entidad demandada presentó recurso de apelación solicitando que se revoque el fallo de primera instancia por lo siguiente.

Afirma que en la sentencia objeto del recurso se asume de manera equivocada que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, es parte en el contrato de seguros, por ende se le deben aplicar los derechos y obligaciones entre otras, el término de la prescripción extintiva que señala el artículo 1081 del Código de Comercio, lo cual es un contrasentido, toda vez que las partes en los contratos de seguros son quienes comparecen a celebrar un negocio jurídico del seguro, por lo que manifestó que la CONTRALORIA al no participar en el proceso de formación del contrato no es parte de dicho contrato.

Aduce que la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio es de aplicación entre las partes que celebran el contrato en relación a las cláusulas pactadas en el propio contrato d seguros, por lo que asegura que no puede ser alegada la prescripción prevista en la Ley comercial ante la Contraloría General de la Republica en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal.

Señala que en el tema de la prescripción debe prevalecer la regulación de la Ley 610 de 2000 sobre la regulación del Código de Comercio, por cuanto la primera consagra la forma en que las Contralorías deben ejercer su función constitucional de establecer la responsabilidad fiscal de quienes manejan, custodian o administran recursos públicos, mientras que el Código de Comercio regula las relaciones entre particulares sometidos a la autonomía de su voluntad.

En este contexto, procede la Sala resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto del recurso de apelación.

En primer lugar, se encuentra acreditado en el sub examine que el día 25 de octubre de 1995, la Industria Licorera de Bolivar suscribió con el Consorcio SM conformado por seis empresas, un contrato de *"ejecución operativa de maquinaria y equipos de la Industria Licorera de Bolivar para la fabricación de licores y la comercialización y distribución del licor tres esquinas".(*Fl.14-27)

Posteriormente, el contrato fue cedido a la sociedad anónima Consorcio de Servicios y Mercadeo Ltda de Licores S.A. Consorcio S.M. mediante resolución No. 99-05-27-01 del 27 de mayo de 1999.

Se advierte que las obligaciones contractuales del Consorcio S.M fueron garantizadas mediante la póliza única de cumplimiento en favor de entidades estatales No. 9531252 de fecha 1 de noviembre de 1995 en favor de INDUSTRIAS LICORERA DE BOLIVAR expedida por Seguros del Estado S.A. con vigencia hasta el 25 de diciembre de 1999 (Fl. 84-85) y modificada mediante anexo de modificación del 20 de enero de 2002 con vigencia hasta el 25 de diciembre de 2002. (Fl. 88)

En desarrollo del contrato la Gerencia de Industria Licorera de Bolivar declaró la caducidad del mismo a través de Resolución No. 2002-12-17-01 del 17 de diciembre de 2002 y ordenó su liquidación. (Fl. 91-100)

Mediante acta del 13 de febrero de 2003, las partes contratantes convinieron en liquidar parcialmente el contrato, estableciéndose los valores que adeudaba el contratista por concepto de margen de utilidad y utilización de maquinaria y equipos, mesadas de jubilación de los empleados de INDUBOL y se acordaron los términos para entrega de maquinaria y equipo entre otras cosas, posteriormente, mediante resolución No. 2003-05-02-01 del 2 de mayo de 2003 se liquidó unilateralmente el contrato en aquellos aspectos que no fueron objeto de acuerdo con el contratista. (Fl. 116-122)

El Consorcio S.M. S.A. por su parte, promovió acción contractual contra INDUBOL y a su turno, INDUBOL inició acción ejecutiva contra el consorcio, con fundamento en las liquidaciones del contrato.

Ahora bien, mediante auto de apertura No. 1745 del 27 de diciembre de 2007 la Contraloría General de la Republica inició proceso de responsabilidad fiscal en el cual figura como afectada Industria Licorera de Bolívar y como implicados el Consorcio de Servicios y Mercadeo de Licores S.A. Consorcio S.M S.A. en liquidación, identificado con el proceso No. 1623 al considerar que existieron hechos que generaron un daño patrimonial al Estado y que comprometen la responsabilidad fiscal del contratista, es decir del consorcio, por lo anterior, se vinculó como garante y tercero civilmente responsable a la aseguradora Seguros del Estado, en virtud de que las obligaciones a cargo del Consorcio S.A. S.A. fueron garantizadas mediante póliza No. 9531255, garantía única de cumplimiento expedida por la aseguradora la cual fue modificada el día 20 de enero de 2002, aprobada por INDUBOL mediante resolución No. 019 del 3 de noviembre de 1995. (Fl. 3-12)

Posteriormente mediante fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 la Contraloría General de la Republica resolvió fallar con responsabilidad de conformidad con el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, a título de dolo por el primer hecho (omisión legal en el pago del IVA) y culpa grave por los hechos dos y tres (incumplimiento en el pago del acuerdo establecido en el acta de terminación bilateral de fecha 13 de febrero de 2003 y omisión de cancelar la obligación clara, expresa y exigible establecida en el acta de liquidación unilateral de fecha 2 de mayo de 2003) a los integrantes del Consorcio de Servicios y Mercadeo de Licores S.A. Consorcio S.M S.A. en forma solidaria, y se incluyó la póliza de cumplimiento de entidades oficiales No. 9531252 adquirida inicialmente con el CONSROCIO S.A. prorrogada por la Sociedad Consorcio SM, aprobada mediante resolución No. 019 del 3 de noviembre de 1995 que cubre los siguientes amparos: cumplimiento $129.600.000 y cláusula penal pecuniaria $129.600.000 por los hechos dos y tres relacionado con el incumplimiento de las obligaciones contractuales. (Fl. 28-52)

A su vez, mediante auto No. 0943 del 21 de noviembre de 2012 la Contraloría General de la Republica resolvió recurso de reposición contra el fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 en la cual se confirmó el fallo recurrido, sin embargo, se excluyó dentro de los amparos de la póliza la cláusula penal por valor de $129.600.000. (Fl. 53-67).

Finalmente, mediante auto No. 000763 del 6 de diciembre de 2012 la Contraloría General de la Republica confirmó en todas sus partes el fallo de responsabilidad fiscal No. 00015 del 7 de septiembre de 2012 en virtud del recurso de apelación interpuesto, quedando ejecutoriada el 6 de diciembre de2012. (Fl. 68-81)

Ahora bien, la parte accionante en el concepto de violación manifestó que la Contraloría General de la Republica en el fallo de responsabilidad fiscal concluyó que la prescripción aplicable era la contenida en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 el cual a su vez remite al artículo 9 de la Ley 640 de 2000 la cual estipula que las pólizas de seguros por las cuales se vinculen al proceso de responsabilidad fiscal prescribirán en 5 años contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho termino no de ha dictado providencia en firme que la declare.

En ese orden afirma que según las normas aplicables sobre prescripción a la póliza de seguro, para la fecha de expedición y hasta el último día de su vigencia, no existía el artículo 120 de la Ley 1474 de 2001, manifestando que dicha norma es posterior, por tal razón no es aplicable a la citada póliza, conforme lo establece el artículo 41 de la Ley 153 de 1998, igualmente indica que para la fecha en que se aperturó el proceso de responsabilidad fiscal No. 01623, es decir el 27 de diciembre de 2007, tampoco estaba vigente el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente aduce que se debe aplicar el articulo 1081 del Código de Comercio el cual señala que el computo del término de prescripción ordinaria de las acciones que se derivan del contrato de seguro, debe contarse a partir del momento en que el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, el cual en el sub examine se presenta con el auto de apertura, es decir el 27 de diciembre de 2007.

Por su parte, la entidad accionada afirmó en el recurso de alzada que no existió prescripción de la póliza de cumplimiento No. 9531252 de fecha 1 de noviembre de 1995 al considerar que no se debe aplicar el término de prescripción extintiva que señala el artículo 1081 del Código de Comercio de dos (02) años, toda vez que la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio es de aplicación entre las partes que celebran el contrato en relación a las cláusulas pactadas en el propio contrato de seguros, por lo que asegura que no puede ser alegada la prescripción prevista en la Ley comercial ante la Contraloría General de la Republica en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, asegura que debe aplicarse la regulación de la Ley 610 de 2000 la cual establece en su artículo 9 que la prescripción de la acción fiscal prescribe en cinco (05) años contados a partir del auto de apertura de responsabilidad fiscal, pues en la citada ley se consagra la forma en que las Contralorías deben ejercer su función constitucional de establecer la responsabilidad fiscal de quienes manejan, custodian o administran recursos públicos.

Frente a lo anterior, es dable precisar en primer lugar que la responsabilidad fiscal se predica contra "*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*".

Ahora bien, la Contraloría General de la Republica ha sido instituida constitucionalmente para ejercer el control fiscal y llevar acabo los procesos de responsabilidad fiscal. A su turno, el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 regula los dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción. Al respecto, el artículo 9 señala lo siguiente:

> ***"ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION.*** *<Artículo modificado por el artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido el término de caducidad de la acción fiscal.*

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

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

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

De la norma en cita se advierte que dicha norma se aplica a los procesos de responsabilidad fiscal iniciados por la Contraloría General de la Republica contra los servidores públicos y de los particulares, que causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, y en ese orden la acción fiscal dirigida por la Contraloría: (i) caduca si transcurridos 10 años, desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; y (ii) prescribe si transcurridos 5 años, desde la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se ha dictado providencia en firme que la declare la responsabilidad.

Por su parte, el artículo 44 la Ley 610 de 2000, establece la obligación por parte de la Contraloría General de la Republica de vincular a las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal cuando el presunto responsable o el contrato objeto de la investigación de encuentre amparado en un contrato de seguro.

"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.*

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella."

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, citada en el marco normativo y jurisprudencial, señaló que la

finalidad de dicha vinculación obedece al resarcimiento del patrimonio público en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal y en ese sentido, 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.

Por otro lado, la Ley 1474 de 2011 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública",* la cual entró en vigencia el 12 de julio de 2011, estipuló la remisión normativa al artículo 9 de la Ley 610 de 2000 citado en precedencia, en relación a la prescripción de las pólizas de seguro, en los siguientes términos:

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

De conformidad con lo expuesto en las normas, así como los hechos probados y los elementos materiales probatorios que obra en el sub lite, la Sala considera que el fallo impugnado, se debe confirmar; por las razones que se exponen a continuación.

En el sub examine, observa esta Corporación que mediante auto de apertura No. 1745 del 27 de diciembre de 2007 la Contraloría General de la Republica vinculó como garante y tercero civilmente responsable a la aseguradora Seguros del Estado S.A, en virtud de la póliza No. 9531255, expedida por la aseguradora en favor de Industrias Licores de Bolivar mediante la cual se garantizó el contrato suscrito por dicha entidad pública con el Consorcio S.M. S.A.; por lo anterior se infiere que a la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal no se encontraba vigente la Ley 1474 de 2011, la cual empezó a regir a partir del 12 de julio de 2011; en ese orden, teniendo en cuenta la regla general de la irretroactividad de la Ley entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, se advierte que la misma no es aplicable a la póliza No. 9531255, toda vez que la citada Ley no se encontraba vigente cuando se inició la acción de control fiscal en la cual se vinculó a la aseguradora.

En ese orden, precisa esta Magistratura que como quiera que no se encontraba vigente la Ley 1474 de 2011 cuando se inició el proceso de responsabilidad fiscal, y teniendo en cuenta la naturaleza de la vinculación de la aseguradora, esto es, civil, se le deben aplicar las normas establecidas en el derecho comercial, las cuales regulan el contrato de seguros y no las de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000, pues se reitera, la Ley 1474 de 2011 que contempla la remisión al artículo 9 de la Ley 610 de 2000 no se encontraba vigente, de tal manera que la aseguradora al no ser vinculada al proceso como parte, esta interviene en el proceso como garante del pago de los posibles perjuicios que se puedan generar en virtud de la póliza de seguro expedida en favor de la entidad estatal; la cual en el sub examine corresponde a la póliza No. 9531255 en la cual figura como tomador el Consorcio S.M. S.A., empresa contra la cual se adelanta el proceso de responsabilidad fiscal.

En igual sentido, se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente No. 2004-00529-01, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, así:

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

> ***Como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.*** *Cabe decir que el titular primigenio de esa acción es la entidad contratante, quien tiene en principio la facultad e incluso el deber de declarar la ocurrencia del siniestro como resultas de esa acción, cuando éste tiene lugar y, en consecuencia ordenar hacer efectiva la póliza de seguro respectiva, por el monto que corresponda…*
>
> *… Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme (…) Solamente después de constituido así dicho título es que se abre la posibilidad y empieza a correr el término señalado en el artículo 66 del C.C.A., para adelantar la acción de cobro coactivo del mismo.*
>
> *De suerte que la entidad de control tiene una 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 surtirse primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas. Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9° de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable." (Subrayado fuera de texto).*

De la jurisprudencia en cita se advierte que la vinculación de la aseguradora como tercero civilmente responsable, no es a título de acción de responsabilidad fiscal o de cobro coactivo contra la vinculada, caso en el cual si seria procedente aplicar el artículo 9 de la Ley 610 de 2000; debido a que la vinculación de que trata el articulo 44 ibidem es derivada del contrato de seguro que ha sido suscrito entre el servidor público o particular contra el que se inicia el proceso de responsabilidad fiscal y la entidad aseguradora para hacer efectivo el amparo contratado.

Por las anteriores consideraciones, precisa esta Magistratura que la prescripción alegada por la accionante se debe estudiar de conformidad

con las normas establecidas en el derecho comercial, por lo que se debe acudir para tal efecto al artículo 1081 del código de comercio el cual establece que 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; y 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.

En el presente asunto, se debe aplicar la prescripción ordinaria, la cual es de índole subjetiva; la cual se contabiliza a partir de cuando el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción; es decir del siniestro; el cual en el sub judice se concreta en la declaratoria de caducidad, a través de la Resolución No. 2002-12-17-01 del 17 de diciembre de 2002 (Fl. 91-100); confirmada mediante la Resolución 2003-01-10-01 del 10 de enero de 2002; por lo que la fecha de esta última, constituye el momento a partir del cual se debe contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por lo anterior, la Contraloría General de la Republica tenia el término de dos años contados a partir del 11 de enero de 2003, para iniciar cualquier acción derivada el contrato de seguro suscrito entre la aseguradora Seguros del Estado y Consorcio S.M S.A., el cual finalizó el 10 de enero de 2005. Sin embargo, el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, tuvo lugar mediante auto de apertura No. 1745 del 27 de diciembre de 2007; el fallo de responsabilidad fiscal fue proferido el 7 de septiembre de 2012; el cual fue confirmado mediante Auto No. 000763; quedando en firme el día 6 de diciembre de 2012, cuando ya había operado el fenómeno de la prescripción.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia impugnada mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda al considerar que acreditaron los cargos de nulidad invocados por la parte demandante.

6. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en

costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; igualmente el numeral 4° del artículo 365 ibídem, indicó que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En ese sentido, confirmado la sentencia de primera instancia, se encuentra procedente la condena en costas de primera y segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante[5].

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

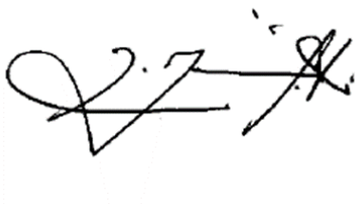
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiuno (21) de julio de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la amarte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[5] Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente por incapacidad.

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN