ANÁLISIS DE VIABILIDAD DE INTERPOSICIÓN DE MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CONTRALORA DELEGADA INTERSECTORIAL NO. 1 – UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: PRF-2019-00495
ENTIDAD AFECTADA: DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y MUNICIPIO EL PEÑÓN
VINCULADOS: BERCELY QUIROGA VARGAS, FRANCISCO JESÚS CRUZ QUIZA Y OTROS
TERCEROS VINCULADO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA Y OTROS

Antecedentes:

Es importante inicial señalando que el objeto de la Investigación Fiscal se centró en: *"El resultado del hallazgo con presunta incidencia fiscal No. 71197 del 12 de noviembre de 2018, producto de la Auditoria de cumplimiento No. AT 182 realizada al Departamento de Santander, en el que se evidenciaron presuntas irregularidades en la planeación y ejecución del proyecto de la "Construcción de un puente en concrete postensado de dos luces con apoyo central cimentado dentro del cruce del río Horta", con ocasión al Contrato de Obra No. 061 del 16 de julio de 2014 y el de Interventoría No. 2488 del 05 de septiembre de 2014, en desarrollo del Convenio Interadministrativo Marco de Cooperación No. 5277 del 08 de noviembre del 2013, suscrito entre el Departamento de Santander y el Municipio de El Peñón".*

En este sentido, la Contraloría delegada Intersectorial 1 Unidad De Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, emitió **Auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal N. 028 del 21 de mayo de 2019**, en donde se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial concebido en que la obra en cuestión quedó inconclusa, sin entrar en funcionamiento y sin que se cuenten con recursos adicionales para terminarla, quedando con un avance físico del 60% y financiero del 100%, cuantificando el daño en la suma de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS M/CTE ($1,238,230,432), sin indexar, equivalentes a la totalidad de los recursos invertidos en el contrato de obra.

Por lo anterior, se determinó a través del fallo N. URF1-0006 del 25 de julio de 2024 FALLAR CON RESPONSABILIDAD FISCAL, a título de culpa grave, en cuantía indexada equivalente a MIL OCHOCIENTOS SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO SESENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1,807,549,168,64) en forma solidaria en contra de las siguientes personas:

> BERCELY QUIROGA VARGAS, CC. 91.495.679, en calidad de Alcalde Municipio El Peñón 2012-2015; FRANCISCO JESUS CRUZ QUIZA, CC. 13.953.955, en calidad de Alcalde Municipio El Peñón 2016-2019; LUIS ALBERTO RODRIGUEZ ZARATE, CC. 1097664249, en calidad de Secretario de Planeación del Municipio El Peñón; FERNANDO FERREIRA TOVAR, CC. 91.010.173, en calidad de miembro del Consorcio Vías y Estructuras 2014; INGENIERIA Y SERVICIOS LTDA., NIT. 900.184.047-1, en calidad de miembro del Consorcio Vías y Estructuras 2014; INGREAM S.A.S., NIT. 804.012.750-4, representado legalmente por Octavio Reyes Sarmiento, identificado con la cedula No. 88.280.981, en calidad de como miembro de la Unión Temporal Puente El Peñón, Interventor Contrato de obra N° 061-2014; y CONSULTORES ESPECIALIZADOS Y

ASOCIADOS DE SANTANDER, NIT. 800.218.136-2, en calidad de miembro de la Unión Temporal Puente El Peñón e Interventor Contrato de obra N° 061-2014.

Además, se declaró a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA** como tercero civilmente responsable, toda vez que se dijo que la **Póliza de seguro de manejo Sector Oficial No 465-64-994000000006** amparaba los fallos con responsabilidad fiscal por un valor de $250.000.000 Pesos M/cte. Acto seguido, se ordenó la desvinculación con ocasión de los siguientes contratos de seguro: Póliza de Seguro de Manejo Global del Sector Oficial No. 410-64-994000000085, Pólizas de seguro Multiriesgo Nos. 410-73-9940000000239, 410-73-994000000296, 410-73-994000000304 y 410-73-99400000035. Decisión que fue confirmada mediante el Auto No. 00262 del 14 agosto de 2024 que resolvió los recursos de reposición contra el Fallo N. URF1-0006. Sin embargo, mediante auto N. ORD-801119-199-2024 del 12 de septiembre de 2024, el cual revisa en grado de consulta el auto que resolvió el recurso de reposición; se tomó la decisión de:

> ***ARTICULO CUARTO: REVOCAR*** *parcialmente el artículo tercero del Auto No. URF1-0006 de 25 de julio de 2024, "Por medio del cual se profiere fallo mixto de responsabilidad fiscal dentro del PRF-2019-00495", proferido por la Contralora Delegada Intersectorial No. 1 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal, intervención judicial y cobro coactivo de la Contraloría General de la República,* ***y en consecuencia, DESVINCULAR a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con NIT 869.524.654-6, con ocasión de la póliza seguro manejo sector oficial No: 465-64-994000000006 (…)***
>
> ***ARTICULO SEXTO: REVOCAR*** *el artículo cuarto del del Auto No. URF1-0006 de 25 de julio de 2024, "Por medio del cual se profiere fallo mixto de responsabilidad fiscal dentro del PRF-2019-00495", proferido por la Contralora Delegada Intersectorial No. 1 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal, intervención judicial y cobro coactivo de la Contraloría General de la Republica y* ***en su lugar, DECLARAR COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con NIT 869.524.654-6, con ocasión de la póliza de manejo global del sector oficial No. 410-64-994000000085, y las Pólizas de seguro multirriesgo Nos. 410-73-9940000000239, 410-73-994000000296, 410-73-994000000304, 410-73-994000000350.***

Por lo que, a pesar de desvincular a la ASEGURADORA SOLIDARIA por la póliza de seguro de manejo sector oficial No: 465-64-994000000006 con base en la cual se había fallado en primer lugar, se declaró como tercero civilmente responsable por las otras pólizas que ya se habían desvinculado al interior del proceso.

Con base en lo anterior, se procede a sintetizar los **argumentos de viabilidad para incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**; el cual se basa en la ausencia de cobertura temporal de las pólizas señaladas y una posible y eventual prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, así:

De manera preliminar, se debe recordar que el medio de control que se identifica como procedente, cuenta con un requisito previo contemplado en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el cual menciona como causales de nulidad contra los actos administrativos, las siguientes: *"cuando [éstos] hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió".* En el presente caso, podemos observar una flagrante falsa motivación y quebrantamiento de las normas en que debería fundarse; al dejar de lado las normas referentes a la cobertura temporal del contrato de seguro (Código de Comercio y Ley 389 de 1997) y eventualmente, al contemplar en los autos pertenecientes al proceso de responsabilidad fiscal, que la prescripción de la acción del contrato de seguro no operaba por la presunta vinculación en término de la aseguradora; la cual, a la luz de la jurisprudencia actual del Honorable Consejo de Estado, no es una cuestión pacífica, pues por un lado se interpreta que la Prescripción de las Acciones derivadas del Contrato de Seguro dentro de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal, se estudia con fundamento

en lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, el cual remite al artículo 9 de la Ley 610 del 2000 (Caducidad y prescripción), y por otro, que a dicha figura extintiva le aplican las disposiciones previstas en el código de comercio, particularmente, el artículo 1081 del Código de Comercio.

Así entonces, se procede a ahondar en los argumentos de la defensa para el medio de control:

I. LA CONTRALORÍA INOBSERVÓ LA MODALIDAD EN QUE FUERON EXPEDIDAS LAS PÓLIZAS No. 410-64-994000000085, 410-73-9940000000239, 410-73-994000000296, 410-73-994000000304, 410-73-994000000350; Y SU COBERTURA TEMPORAL

En relación con lo anterior, es preciso observar que las pólizas identificadas fueron pactadas bajo una modalidad de cobertura denominada **ocurrencia,** según la cual, solo se amparan los siniestros (hechos) ocurridos y acaecidos durante la vigencia de la póliza, veamos:

a. **Póliza Manejo Sector Oficial N. 410-64-994000000085:** Es importante resaltar que se pactó la modalidad de ocurrencia, por lo que no abarca temporalmente los hechos vinculados a la presente acción, ya que estos datan del 13 de febrero de 2018 (suscripción del acta de recibo final de la obra), fecha que no coincide con el período de vigencia de la póliza, la cual fue a partir del 29 de marzo de 2012 hasta el 16 de marzo de 2013.
b. **Póliza Multirriesgo N°410-73-994000000239,** fue pactada por modalidad de ocurrencia y su vigencia fue desde el 29 de julio de 2013 hasta el 16 de marzo de 2014, es decir, no abarca temporalmente los hechos vinculados a la presente acción (13 de febrero de 2018).
c. **Póliza Multirriesgo N°410-73-994000000296,** fue pactada por modalidad de ocurrencia y su vigencia fue desde el 09 de diciembre de 2014 al 02 de marzo de 2015, es decir, no abarca temporalmente los hechos vinculados a la presente acción (13 de febrero de 2018).
d. **Póliza Multirriesgo N°410-73-994000000304,** fue pactada por modalidad de ocurrencia y su vigencia fue desde el 10 de abril de 2015 al 10 de febrero de 2016, es decir, no abarca temporalmente los hechos vinculados a la presente acción (13 de febrero de 2018).
e. **Póliza Multirriesgo N°410-73-994000000350,** fue pactada por modalidad de ocurrencia y su vigencia fue desde el 09 de marzo de 2016 hasta el 09 de marzo de 2017, es decir, no abarca temporalmente los hechos vinculados a la presente acción (13 de febrero de 2018).

En conclusión, se estarían afectando pólizas que no estaban vigentes para la fecha del siniestro, a pesar de su modalidad de cobertura de ocurrencia, respecto de un hecho (siniestro) que tuvo lugar años después de la entrada en vigencia de estos contratos de seguro.

Al respecto, se debe mencionar que el auto que revisa en grado de consulta N. ORD-801119-199-2024, no abordó en sus consideraciones argumento alguno sobre la afectación de las pólizas 410-64-994000000085, 410-73-9940000000239, 410-73-994000000296, 410-73-994000000304, 410-73-994000000350 emitidas por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., pero sí revocó el artículo del fallo que las había desvinculado y declaró a la aseguradora tercero civilmente responsable con ocasión a dichas pólizas (en total 5), las cuales ya fueron identificadas, por lo cual, se configura una ausencia de motivación en la decisión y, por ende, se califica tal actuación como irregular.

II. LA CONTRALORÍA DESCONOCIÓ QUE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO HABÍAN PRESCRITO.

Antes de entrar al desarrollo de éste argumento, es válido mencionar que el mismo no es del todo pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues en las secciones *tercera y quinta* han emitido sentencia respecto de un análisis de las acciones derivadas del contrato de seguro, fundamentándose en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, el cual remite al artículo 9 de la Ley 610 del 2000 (Caducidad y prescripción); aclarando que el término de prescripción contenido en éste artículo aplica a las pólizas de seguro vinculadas a los procesos de responsabilidad fiscal, esto es, cinco años. En este sentido, si se acogiera la tesis de estas secciones del Consejo de Estado por parte del operador judicial que conocerá la eventual demanda, el argumento frente a este tópico no tendría fuerza de prosperar.

Sin embargo, en sentencia del 15 de diciembre del 2023, la sección primera del Consejo de Estado abordó el mismo debate al interior del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por la aseguradora AXA COLPATRIA contra la Contraloría General de la República[1], determinando que debe llevarse dicho análisis con base en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual dispone en uno de sus apartados 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".* La sentencia en mención, específicamente señala lo siguiente:

> *La anterior postura jurisprudencial no es compartida por la Sección Primera del Consejo de Estado [Postura expuesta por las otras secciones del Consejo de Estado],* ***atendiendo a que esta Sección, de manera reiterada y pacífica ha señalado que en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio****, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen,* ***el cual, es de dos años*** *contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción. Para lo cual,* ***se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable****, toda vez que dicha vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, derivado 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.* Negrilla propia.
>
> *Asimismo, esta Sección señaló que, comoquiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro 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, toda vez que tiene supuestos, motivos y objetos específicos.*

Por lo anterior, se abre un debate jurídico sobre la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, el cual, permite que se presenten los argumentos de parte y contra parte para la decisión final que adoptará el juzgado administrativo que le corresponda el conocimiento del asunto. En el caso concreto, se podría presentar dicho argumento de ataque, ya que existió un incumplimiento por parte del órgano de control respecto de los dos años que señala la última jurisprudencia y la norma citada. Esto se menciona en aras de brindar un panorama más amplio de las opciones que tiene la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, para debatir la legalidad de los actos administrativos.

[1] Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 15 diciembre de 2023. Rad. 250002324000 2012 00588 02. C.P: Hernando Sánchez Sánchez.

En caso de optarse por la presentación de este argumento, con base en el análisis hecho por el artículo 1081 del Código de Comercio, en el escrito de la demanda se propondría y se configuraría, conforme a la siguiente explicación:

La Contraloría Delegada Intersectorial No. 1 ordenó imputar responsabilidad fiscal mediante auto No. URF-1-000404 del 29 de diciembre de 2023, en virtud del presunto daño patrimonial que se había ocasionado el 13 de febrero de 2018 al Departamento de Santander y al Municipio de El Peñón. Luego, mediante auto No. 004 del 4 de marzo de 2022 la Contraloría ordenó la vinculación de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. como tercero civilmente responsable en virtud de las pólizas Nos. 410-64-994000000085, 410-73- 9940000000239, 410-73-9940000000296, 410-73-994000000304, 410-73- 994000000350 y 410-64-99400000006.

Con observancia a las anteriores fechas y/o hitos temporales, es que se afirma que se ha configurado el fenómeno prescriptivo ordinario de las acciones derivadas de la póliza. Al respecto, el artículo 1081 del Código de Comercio ha establecido frente a la prescripción, lo 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".*

Así las cosas, los hechos que investiga la Contraloría son de fecha **13 de febrero de 2018**, no obstante, el traslado del hallazgo fiscal No. 71197 es del 12 de noviembre de 2018, **por lo que, si bien el hecho generador del daño se consumó en fecha anterior, para efectos de contar el término prescriptivo se tomará la fecha en la que la entidad tuvo conocimiento del hecho.** Ahora bien, el órgano de control fiscal tenía dos (2) años siguientes para presentar la reclamación derivada de la póliza de seguro a la compañía aseguradora, es decir, tenía hasta el 12 de noviembre de 2020, sin embargo, la Contraloría materializó dicha reclamación ante la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. mediante el auto No. 004 del 4 de marzo de 2022, pues a través de esta decisión fue que se ordenó la vinculación formal de la compañía aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal de marras. Fue extemporánea la reclamación, en tanto la misma se efectuó pasados cuatro (4) años y ocho (8) meses después del conocimiento real de los hechos materia de investigación (prescripción ordinaria).

Por lo anterior, es que se configura la prescripción ordinaria de la acción derivada de las pólizas identificadas, pues la vinculación de la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. al proceso de responsabilidad fiscal que nos atañe, se produjo luego del vencimiento de los dos (2) años a que hace alusión el artículo 1081 del Código de Comercio, razón por la cual existió una infracción de las normas en que deberían fundarse dichos actos administrativos, al no tenerse en cuenta dicha norma ni la explicación que se ha mencionado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 5 de mayo de 2020. Rad.: 47166, Sentencia del 1º de marzo de 2023. Rad.: 67240 y Sentencia del 24 de enero de 2024. Rad.: 53674, así:

> *"A partir de esta disposición, salta a la vista que, tratándose de seguros la ley mercantil contempla dos tipos de prescripción: la ordinaria y la extraordinaria, las cuales, a voces de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se distinguen porque "la prescripción ordinaria, en materia del contrato de seguro, es un fenómeno que mira el aspecto meramente subjetivo, toda vez que concreta el término prescriptivo a las condiciones del sujeto que deba iniciar la acción y, además,*

fija como iniciación del término para contabilizarlo el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; en cambio, la extraordinaria consagra un término extintivo derivado de una situación meramente objetiva, traducida en que sólo requiere el paso del tiempo desde un momento preciso, ya indicado, y sin discriminar las personas en frente a las cuales se aplica, así se trate de incapaces.

En tal sentido, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Sección, las entidades que son beneficiaras de contratos de seguros -interesadas- y que, por tanto, tienen la facultad de declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo, deben proceder en tal sentido dentro término de prescripción ordinaria, es decir, dentro de los dos (2) años contados desde el momento en el que hayan tenido o debieron tener conocimiento del hecho que da base a la acción".

III. NOTA FINAL – OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL MEDIO DE CONTROL.

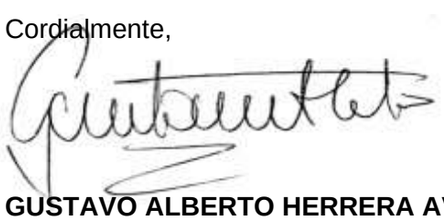
De conformidad con el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, el término de caducidad para el ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. La ley establece un término para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de manera que al no promoverse oportunamente se produce el fenómeno de la caducidad.

En el caso concreto, el último acto administrativo del proceso de responsabilidad fiscal, fue el auto N. ORD-801119-199-2024 del 12 de septiembre de 2024, el cual revisa en grado de consulta el auto que resolvió el recurso de reposición. Éste fue notificado personalmente al apoderado de la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., el día 17 de septiembre de 2024; iniciando a contabilizarse el término para el ejercicio oportuno del medio de control desde el 18 de septiembre de 2024. Por ello, la oportunidad para presentar el medio de control señalado va hasta el 18 de enero de 2025.

Expuesto lo anterior, reiteramos respetuosamente la existencia de argumentos en derecho, los cuales permiten debatir la legalidad de los actos administrativos proferidos al interior del PRF-2019-00495. Por lo tanto, la probabilidad de éxito de una futura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se califica como EVENTUAL, tanto de cara al análisis de la falta de cobertura temporal de las pólizas, como frente a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, por los argumentos ya expuestos.

Quedamos atentos a sus valiosos comentarios.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
C.C No. 19.395.114 de Bogotá D.C
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.