



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2024-06-349 NYRD

Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

EXP. RADICACIÓN: 11001 3341 006 2022 00156 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
VINCULADOS: FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S. Y ECOPETROL S.A.
TEMAS: RESPONSABILIDAD FISCAL
ASUNTO: RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN AUTO QUE NIEGA MEDIDA CAUTELAR

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia secretarial que antecede procede el Tribunal a resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 10 de noviembre de 2023 que negó la solicitud de medida cautelar, proferido por el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1.1. Medida cautelar solicitada

A través de apoderado, la empresa demandante, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de **Contraloría General de la República - Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal**, para lo cual solicitó como medida cautelar la suspensión provisional del fallo con responsabilidad fiscal No. 009 del 22 de julio de 2021, del auto No. 1036 del 13 de septiembre de 2021, y del auto No. URF 1075 del 20 de octubre de 2021, por medio de las cuales se sancionó y confirmó la sanción de multa a la empresa demandante.

Mediante providencia del 22 de septiembre de 2023 se corrió traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar presentada, el cual recorrió el respectivo traslado en oportunidad.

Posteriormente a través de auto del 10 de noviembre de 2023, el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., negó la solicitud de medida cautelar presentada.

En escrito allegado el 18 de enero de 2024, el apoderado de la parte actora presentó recurso reposición en subsidio de apelación contra el auto del 10 de noviembre de 2023.

Mediante auto del 21 de febrero de 2024¹ el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo de Bogotá, confirmó la decisión del 10 de noviembre de 2023 y, concedió el recurso de apelación.

1.2. Decisión susceptible de recurso

Se trata del Auto del 10 de noviembre de 2023, proferido por el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., a través del cual negó la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, conforme lo siguiente:

Adujo que, para que proceda el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de un acto administrativo, la solicitud de la medida debe estar suficientemente argumentada, y debe existir una contradicción entre las disposiciones referidas en las normas y los actos administrativos impugnados, como también la necesidad de garantizar provisionalmente el restablecimiento del derecho pretendido.

Así mismo, trajo a colación lo dispuesto en el auto del 21 de octubre de 2013 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, donde dicha Corporación indicó que el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las medidas cautelares pueden decretarse a solicitud de parte debidamente sustentada, es decir, suficientemente argumentada; y estableció que el alcance del artículo 231 *ibidem*, en lo referente a la procedencia por violación a las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito, refiere a que la solicitud de suspensión provisional “*puede ser presentada en el libelo introductorio o en un escrito aparte, y no a que la sustentación de la medida cautelar quede suplida con el concepto de violación de las normas indicadas en la demanda (...)*”², posición reiterada por la misma Corporación en múltiples pronunciamientos.

Con base en lo anterior, el *a quo* consideró que la parte demandante, al momento de solicitar la suspensión provisional de los actos acusados, no indicó los argumentos fácticos y jurídicos sobre los cuales fundamenta su procedencia, como tampoco solicitó de manera expresa al Despacho que se remitiera a lo consignado en el escrito de demanda. Por tanto, indicó que, al incumplir el demandante con la carga argumentativa mínima que le corresponde, no fue posible para el Despacho sustanciador realizar la confrontación de que trata el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, lo cual es un requisito indispensable para decretar medidas cautelares.

En igual sentido, el juez de primera instancia no encontró acreditado que, con la negativa de decretar la suspensión provisional de los actos recurridos, se cause o evite un perjuicio irremediable al demandante, reiterando que el mismo no argumentó ni aportó prueba alguna que permitiera deducir tal situación.

II. CONSIDERACIONES

¹ Archivo “18AutoNiegaReposicionyConcede.pdf”, expediente electrónico.

² Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Auto del 21 de octubre de 2013, Rad. 11001-03-24-000-2012-00317-00.

2.1. Competencia

Al tratarse del recurso de apelación en contra del auto que negó la solicitud de medida cautelar, proferido por el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo de Bogotá, D.C., que pertenece al Distrito Judicial Administrativo que preside este Tribunal, se reúnen los factores para determinar que esta Corporación es funcional y territorialmente competente para conocer del recurso de alzada de la referencia.

2.2. Presupuestos de procedencia y oportunidad del recurso:

De conformidad con el numeral 5 del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, contra el auto que decreta, deniegue o modifique una medida cautelar procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

Así mismo, el recurso de apelación debe ser formulado y sustentado ante el Juez que profirió la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, modificada por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021.

En este orden, se tiene que el auto que negó las medidas cautelares fue notificado por anotación en estado el 14 de noviembre de 2023³, por lo que el término con que contaba el demandante para interponer el recurso comenzó desde el 15 de noviembre de 2023 y estaba llamado a fenecer el 17 de noviembre de ese mismo año.

Así las cosas, el recurso fue interpuesto el 17 de noviembre de 2023⁴, por lo que se encuentra acreditada la oportunidad en su interposición y sustentación.

2.3. Sustento fáctico y jurídico del recurso:

El apoderado de la parte demandante dentro de su escrito de apelación manifestó que el *a quo*, en la decisión que resolvió no decretar la medida cautelar solicitada, consideró que no se cumplió con la carga argumentativa suficiente para precisar los aspectos fácticos y jurídicos fundamentales de la solicitud, como tampoco se sustentó el perjuicio irremediable presuntamente causado a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., y que, en razón a ello, el Juzgado indicó que la demandante no logró acreditar que los actos recurridos se hubieran proferido con violación a las normas en que debían fundarse, que se predique en el asunto la configuración de un perjuicio irremediable, o que los efectos de la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho serán nugatorios.

En este sentido, expresó que el Juzgado incurrió en un error al denegar la medida cautelar solicitada, arguyendo que el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece expresamente que los motivos de violación de las disposiciones invocadas pueden presentarse tanto en la demanda, como en un escrito separado.

³ Archivo "15AutoNiegaMedidayConcede.pdf", expediente electrónico.

⁴ "17Correo.pdf, Fl.2" y "18RecursoDeReposicionYApelacion.pdf", expediente electrónico.

Asimismo, destacó que sí se evidencia un perjuicio irremediable, indicando que, de ejecutarse los actos administrativos demandados, la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. se vería obligada a afectar pólizas que se le ordenaron hacer efectivas; aludiendo que en este caso ya había operado la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y que se ordenó la afectación simultánea del amparo de cumplimiento, que abarcó un periodo entre el 20 de abril y el 19 de agosto de 2011, y el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, que abarcó el periodo comprendido entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de julio de 2012, lo cual resulta incompatible dada la naturaleza excluyente de dichos amparos.

De otro lado, advirtió que el Juzgado incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en el análisis de los requisitos de la solicitud de medida cautelar, al haber examinado los artículos 229 y 231 de la Ley 1437 de 2011 con un excesivo ritualismo; y alegó que el fallador de primera instancia pasó por alto aspectos fundamentales, como el hecho de que la demanda contiene suficientes argumentos que soportan la violación a las normas en que se fundaron los actos administrativos atacados, entre los cuales se destacan la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y la afectación simultánea de los amparos de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, los cuales son excluyentes.

De esta manera, adujo que, del artículo 231 *ibidem*, se puede deducir claramente que basta con que en la demanda se fundamenten suficientemente los motivos por los que se impugnan los actos administrativos, y se evidencie la violación de los derechos invocados; sin que sea necesario presentar la solicitud en escrito separado, dejando estas dos opciones al arbitrio del solicitante.

Mencionó que, en pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado⁵ y de la Corte Constitucional⁶, dichas Corporaciones han manifestado que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando un funcionario concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, lo que supone una tensión entre las garantías al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, en tanto el apego extremo y riguroso de las formas puede implicar el sacrificio del derecho material.

Afirmó que, a pesar de que el supuesto incumplimiento del contratista tuvo lugar dentro de la vigencia de la póliza de seguro, la Contraloría General de la República contaba con un plazo de dos años para ordenar la efectividad del seguro, o al menos emitir el auto de apertura del proceso fiscal, esto es, hasta el 19 de agosto de 2011; sin embargo, fue hasta el 16 de noviembre de 2015, más de cinco años después del incumplimiento, que la entidad emitió el fallo de apertura del proceso, superando las prescripciones de que habla el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por lo anterior, aduce que hubo una argumentación clara y suficiente en cuanto a los actos administrativos objeto de demanda y del desconocimiento del ordenamiento jurídico por parte de la Contraloría General de la República, y asegura que el Despacho cuenta con elementos suficientes para reconocer la urgencia y necesidad de la medida cautelar en el presente caso, e indica que, en

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C.P. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-15-000-2021-01835-00 (AC), 13 de mayo de 2021.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU041/22, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 10 de febrero de 2022.

virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial, en caso de no resultar suficientes los argumentos desarrollados, el Juzgado debió examinar la demanda y evaluar la afectación a los derechos de la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

Adicionalmente, expresó que el Juzgado omitió analizar exhaustivamente las pruebas presentadas, toda vez basó su decisión de negar la solicitud de medida cautelar en la ausencia de evidencia que demostrara el perjuicio irremediable ocasionado a Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., es decir, no tuvo en cuenta que el perjuicio que se predica es de naturaleza futura, y surge de la expedición de los actos administrativos atacados.

Manifestó que, a través de la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020 expedida por la Contraloría General de la República, aclaró además que es una obligación del ente de control analizar exhaustiva y meticulosamente el contrato de seguro que pretende afectar, teniendo en cuenta que la responsabilidad de las compañías de seguros se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros, e identificando, entre otras cosas, i) la suma asegurada; ii) la vigencia, a fin de evitar que se realice una indebida acumulación de vigencias o valores asegurados, iii) los amparos, iv) las exclusiones y, v) los deducibles o los siniestros establecidos en las cláusulas del contrato de seguros; y verificando la modalidad de cobertura y los demás elementos de la póliza, determinando si la misma ya había sido afectada, por cuanto ello podría afectar la suma asegurada.

Por lo anterior, recalca que el Juzgado, apoyado en la citada circular, se encontraba en la obligación de ceñirse a un análisis riguroso del contrato de seguro para no afectar arbitrariamente las pólizas, como también contaba con la facultad de aplicar las medidas cautelares a los responsables en el proceso fiscal, sin que deba utilizar como única herramienta la póliza presente en el expediente, lo cual es relevante si la póliza no puede ser afectada en razón a la prescripción derivada del contrato de seguro, o si dos amparos que son excluyentes no pueden ser afectados simultáneamente.

De otro lado, expuso que, además de lo expuesto, desde que el fallo queda ejecutoriado se inicia el cobro de intereses, conforme a lo dispuesto en la Ley 510 de 1999, lo cual también constituye un perjuicio futuro que fue pasado por alto por el Juzgado en el análisis de los actos recurridos y de las pruebas. Por tanto, asegura que los actos administrativos presentados junto con la demanda, la circular y las normativas pertinentes, demostraron suficientemente que la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. podría enfrentar un perjuicio considerable por tener que cumplir con el pago que injustificadamente se le impuso.

Finalmente, destacó que, dado que Ecopetrol tuvo por incumplida la Orden de Compra-Servicio No. 579362 suscrita por FERRETERIA CAMACHO Y CIA S.A., por lo que no suscribió acta de recibo a satisfacción de los bienes entregados por el contratista, se colige que, al no existir prueba documental donde conste dicho recibo a satisfacción de los bienes, también es claro que el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los bienes y Equipos Suministrados nunca inició su vigencia y, por tanto, no nació a la vida jurídica, puesto que no se concretó la condición suspensiva pactada para ello, consistente en que Ecopetrol hubiese levantado acta de entrega a satisfacción de los bienes por el cumplimiento del objeto de contrato. A su vez, resaltó que la obligación de la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C no ha nacido a la vida jurídica, en tanto no se cumplió la realización del riesgo asegurado que configura el siniestro, teniendo en cuenta que

se pactó como riesgo amparado por el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados en la Póliza de Seguro de Cumplimiento 825-47-994000000652.

2.4. Pronunciamiento de la Contraloría General de la República.

A pesar de que del escrito del recurso se corrió traslado a la entidad demandada, esta guardó silencio al respecto.

2.5. Consideraciones de fondo en torno al recurso de apelación:

Es pertinente señalar como primera medida los requisitos para el decreto de la medida cautelar que se encuentran taxativamente en la Ley 1437 de 2011, el artículo 229 que dispone:

***“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*”**

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.”

El artículo 231 de la misma norma, establece lo siguiente con respecto a los requisitos para el decreto de medidas cautelares

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.”

Al tenor de la norma transcrita, la suspensión provisional de los actos administrativos procede por violación de las disposiciones invocadas cuando esta surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas presuntamente infringidas o de las pruebas aportadas.

De otro lado, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 17 de marzo de 2015, precisó cuáles son los criterios que con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 debe tener en cuenta el juez para el decreto de medidas cautelares.

La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el fumus boni iuris y periculum in mora. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la posible existencia de un derecho. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho.” (Destacado por la Sala).

Así mismo, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el auto de 21 de octubre de 2013 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado⁷ en el proceso N° 11001-03-24-000-2012-00317-00, CP Guillermo Vargas Ayala, el cual determinó que el requisito de la sustentación de las medidas cautelares no se puede suplir con el concepto de violación en el contenido de la demanda, en los siguientes términos:

“Conforme el criterio expuesto, si el actor solicita la suspensión provisional de los actos demandados queda exento de sustentar la solicitud de la medida cautelar, conclusión a la que arriba el actor con fundamento en el contenido del artículo 231 del CPACA, según el cual la suspensión procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado.

La interpretación realizada por la actora para intentar remediar la falencia de su solicitud es inaceptable a la luz de las exigencias que al respecto trae la Ley 1437 de 2011.

En efecto, el requisito consistente en la sustentación de la medida cautelar no se encuentra en el artículo 231 del CPACA que trae a colación el recurrente, sino en el artículo 229 ejusdem cuyo contenido y alcance fueron explicados en el auto recurrido. Con todo, esta disposición advierte que las medidas cautelares, dentro de las que se encuentra la suspensión provisional, pueden ser decretadas a solicitud de parte debidamente sustentada, lo que equivale a decir que la solicitud debe ser suficientemente argumentada por quien la solicite.

Cosa distinta es que en la demanda se indiquen las normas violadas y el concepto de la violación, ya que esto comporta uno de los requisitos exigidos para este tipo de libelos según lo dispone el artículo 162 numeral 4 del CPACA, requisito que no puede confundirse con el establecido en el comentado artículo 229.

En el mismo sentido, el alcance de la expresión “procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado” contenida en artículo 231 Ibidem, se encuentra dirigida a explicar que la solicitud de suspensión provisional puede ser presentada en el libelo introductorio o en un escrito aparte (sic), y no a que la sustentación de la medida cautelar quede suplida con el concepto de violación de las normas indicadas en la demanda, dado que, se reitera, se trata de dos requisitos distintos para fines procesales disimiles: uno, el que se refiere a fundamentar jurídicamente la pretensión de nulidad del acto, el otro, a explicar las razones por las cuales el acto debe ser suspendido provisionalmente.

Lo anterior no quiere decir que los argumentos para cada uno de los fines procesales mencionados puedan coincidir, es más, si lo deseado por la actora era que el concepto de violación expuesto en la demanda sirviera de fundamento de la solicitud de suspensión provisional así debió expresarlo, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de la demanda dedicó un capítulo aparte a la suspensión provisional dentro del cual inscribió un subtítulo denominado “FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL”, que fue al que se atuvo este Despacho para resolver la medida. En otras palabras, la actora en su demanda dedicó un capítulo para sustentar la medida cautelar, a esa sustentación se remitieron la entidad demandada y el Despacho para descorrer el traslado y resolver la medida, sin embargo, ahora, viendo que esa sustentación en varios de sus apartes fue insuficiente, pretende que se tengan como tales los argumentos que utilizó para otros fines procesales.

Finalmente, sobre este punto, debe ponerse de relieve que la sustentación de la solicitud de suspensión provisional no constituye un exceso ritual, se trata

⁷ También véase el auto de 23 de febrero de 2021 proferido por la Sección Primera de esa misma Corporación, CP Roberto Augusto Serrato Valdés, proceso no. 11001-03-24-000-2019-00167-00.

de la observancia de una carga procesal en cabeza de la actora cuyo cumplimiento es el deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia y a su vez la carga que exige la ley para que, entre otras, se garantice el derecho de defensa de la entidad que expidió el acto.

A propósito del derecho de defensa de la entidad demandada, no se puede perder de vista que la nueva codificación trajo consigo la obligación de correr traslado a la parte demandada de la solicitud de suspensión, en ese orden, la carga impuesta para que se sustente la medida también se encuentra dirigida a que la entidad que profirió el acto conozca a ciencia cierta las razones esgrimidas por el actor para poder ejercer eficientemente su derecho de defensa. En ese contexto, no puede tenerse como sustentación de la medida cautelar la sola afirmación de que el acto administrativo desconoce normas de rango superior.” (negrillas de la Sala).

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, para el apoderado de la parte actora procede el decreto de la suspensión provisional de los actos administrativos acusados, porque:

- (i) En primera medida es importante contextualizar el origen de la demanda y de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos. En ese orden, se tiene que el 8 de febrero del año 2011, Ecopetrol S.A. dio apertura al concurso abierto No. 45570, a fin de contratar la compra de tubería de acero para los múltiples sistemas de recolección de las estaciones Castilla 2 y Acacias de la Superintendencia de Operaciones Castilla Chimene de Ecopetrol, el cual fue otorgado a la sociedad Ferretería Camacho y Cía Ltda., por un valor total de \$1.678.289.819, estipulando como plazo de entrega el 12 de julio de 2011. Para ello, se suscribió la póliza de Seguro de Cumplimiento No. 825-47-994000000652, que otorgó los amparos de Cumplimiento, y de Calidad y Correcto Funcionamiento de los bienes y Equipos Suministrados. El 27 de abril de 2011, Ecopetrol modificó la fecha de entrega al día 18 de julio de 2011.
- (ii) En la fecha estipulada, la FERRETERÍA CAMACHO efectuó la entrega de los bienes a ECOPETROL S.A., sin que se suscribiera acta de recibo a satisfacción y, posteriormente, el 3 de noviembre de 2011, Ecopetrol presentó inconformidades por problemas de calidad de la tubería recibida, ante lo cual FERRETERIA CAMACHO le propuso la reparación y optimización al recubrimiento de tuberías, lo cual aceptó Ecopetrol.
- (iii) Sin embargo, la empresa contratista no cumplió con dichas reparaciones, razón por la que la Contraloría, mediante auto No. 08696 del 16 de noviembre de 2016, dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 2016-01189 en contra de la FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S. y otros, donde posteriormente ordenó la vinculación de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. a dicho proceso. Mediante auto No. 0712 del 18 de diciembre de 2020, se imputó responsabilidad fiscal contra FERRETERÍA CAMACHO y se mantuvo a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. en calidad de tercero civilmente responsable, en virtud de la póliza de cumplimiento No. 825-47-994000000652 para, posteriormente, mediante el Fallo No. 0009 del 22 de julio de 2021, declarar a la Aseguradora como civilmente responsable.
- (iv) Frente a ello, la Aseguradora Solidaria de Colombia sustentó el recurso de

reposición y en subsidio de apelación, manifestando que había prescrito el contrato de seguro, por haber transcurrido más de dos años entre el momento de la apertura del proceso y la fecha en que se profirió el auto de imputación No. 0712, e indicando que no era posible afectar simultáneamente el amparo de Cumplimiento, y el de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, por ser coberturas que corresponden a momentos diferentes de las etapas contractuales, el primero durante la ejecución del contrato para amparar el riesgo de incumplimiento, y el segundo en la etapa postcontractual, para cubrir los perjuicios asociados a la calidad de los bienes entregados. No obstante, la Contraloría Delegada Intersectorial No. 2, mediante auto No. 1036 del 13 de septiembre de 2021, resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión en todas sus partes y concedió el recurso de apelación, el cual también confirmó en su totalidad el Fallo No. 0009 del 22 de julio de 2021.

- (v) Con base en lo anterior es que, la referida empresa interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y solicitó el decreto de la medida cautelar, solicitando la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.
- (vi) Así, el Juzgado Sesenta y Ocho Administrativo del Circuito de Bogotá recibió la solicitud, corriendo traslado de aquella a la contraparte y al Ministerio Público, y mediante auto del 10 de noviembre de 2023 dispuso negar el decreto de dicha solicitud, por cuanto no evidenció la violación alegada, debido a que no encontró suficientemente argumentada la solicitud de medida cautelar al no haber indicado de manera clara y precisa los aspectos fácticos y jurídicos con base en los cuales ameritara la suspensión provisional de los actos acusados, como tampoco solicitó al Juzgado la remisión a lo consignado en la demanda.
- (vii) Ahora bien, en el escrito de apelación analizado en esta oportunidad, se tiene que el demandante considera que la autoridad demandada incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, transgrediendo derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, en ocasión al riguroso y mecánico apego a las formalidades procesales al momento de estudiar la solicitud, pues afirma que en virtud del artículo 231 de la Ley 1437, basta con que en la demanda se encuentren debidamente fundamentados los motivos por los cuales se impugnan los actos administrativos y la violación de los derechos invocados, por lo cual, a su juicio, las formas procedimentales no pueden convertirse en un límite para la efectividad de los derechos subjetivos, sino que debe encaminarse a su realización.
- (viii) Es de señalar que la solicitud de la suspensión de los actos administrativos se radicó en primera instancia como consecuencia de un riesgo o que se produzca un perjuicio irremediable futuro por la posibilidad de que la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. se vea obligada a afectar simultáneamente las pólizas que se ordenaron hacer efectivas, y que, como ya se explicó, son excluyentes; teniendo en cuenta que ya había operado la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio.

Ahora bien, para resolver la inconformidad planteada por parte de la demandante contra la providencia del 10 de noviembre de 2023, a través de la que se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, se abordará su análisis y solución en dos puntos, dado que así fueron propuestos en el recurso.

1. Del defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto en el análisis realizado por el *a quo* al momento en que negó la solicitud de medida de suspensión provisional de los actos demandados.

Aduce la demandante que el análisis efectuado a los requisitos de la solicitud de medida cautelar por parte del juez de primera instancia incurre en este tipo de defecto, ya que ejerció un estudio excesivo de los artículos 229 y 231 al momento de adoptar la decisión de negar la medida cautelar, circunstancia que conllevó al desconocimiento de derechos de la compañía aseguradora. De igual manera menciona que, la decisión del juzgado pasó por alto el contenido de la demanda que supliría la fundamentación de la solicitud de suspensión provisional.

De otro lado, señala que el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 prevé que no es necesario presentar la solicitud en escrito separado, ya que puede ser presentada también con el escrito de demanda.

Al respecto, el concepto de defecto por exceso ritual manifiesto ha sido entendido por la Corte Constitucional⁸ como:

“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto puede entenderse, en términos generales, como el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas. En otras palabras, por la ciega obediencia al derecho procesal, el funcionario judicial abandona su rol como garante de la normatividad sustancial, para adoptar decisiones desproporcionadas y manifiestamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. Bajo este supuesto, la validez de la decisión adoptada judicialmente no solo se determina por el cumplimiento estricto de las reglas procesales, sino que además depende de la protección de los derechos sustanciales. Por ello, ha sostenido la Corte, el sistema procesal moderno no puede utilizarse como una razón válida para negar la satisfacción de tales prerrogativas, en la medida que la existencia de las reglas procesales se justifica a partir del contenido material que propenden”.

Con base en lo anterior, se tiene que este tipo de defecto se presenta por que la autoridad judicial a través del funcionario o empleado judicial aplica de manera excesiva la ley procesal, apartándose del contenido de los derechos y de la norma sustancial.

Ahora bien, el recurrente considera que el juez de primera instancia incurrió en este tipo de defecto al momento de realizar el estudio de la solicitud de medida cautelar presentada junto con el escrito de demanda; sin embargo, de la revisión de la providencia del 10 de noviembre de 2023, se advierte que hubo una evaluación de los requisitos de presentación y procedibilidad de medidas cautelares de tipo suspensivo, concretamente la solicitud fue estudiada conforme a las disposiciones previstas en los artículos 229, 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU061/18, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 7 de junio de 2018.

Sobre dicho análisis detallado de estos requisitos, de la providencia se puede destacar:

“2.1. Requisitos de procedibilidad

2.1.1. Que se trate de un proceso declarativo (Art. 229 del CPACA)

Este aspecto se cumple a cabalidad, como quiera que el medio de control invocado con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, es de carácter declarativo y por ende se tramita conforme a lo establecido en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

2.1.2. La medida guarde relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Art. 230 del CPACA)

*Como se aprecia, la medida cautelar solicitada es de la siguiente naturaleza: **suspensión provisional de los efectos de los actos cuya nulidad se solicitó en la demanda**, tal como fue citado en el acápite de “Solicitud de medida cautelar”.*

Así las cosas, se observa que el contenido y alcance de la medida cautelar solicitada tiene relación diáfana con las pretensiones de la demanda, esto es, con la declaratoria de nulidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 009 de 22 de julio de 2021, concretamente del numeral tercero en el cual se decidió declarar como tercero civilmente responsable a la Aseguradora Solidaria de Colombia y los Autos 1036 de 13 de septiembre de 2021 y URF-1075 de 20 de octubre de 2021. De igual manera, se relaciona con el restablecimiento del derecho pretendido en el sentido que, como consecuencia de la nulidad requerida, se ordene la devolución de los dineros que hubieran sido pagados hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y se reconozcan los perjuicios ocasionados.

En suma, la suspensión del cobro de las sumas de dinero señaladas en los actos acusados equivaldría a dejarlos sin efectos lo cual constituye lo buscado por el demandante como pretensiones de nulidad con la sentencia que ponga fin al proceso, por lo que en el evento de adoptarse la medida cautelar solicitada, quedaría solo pendiente de pronunciamiento en la sentencia, en lo atinente a las pretensiones relacionadas al restablecimiento del derecho.

2.1.3. La medida haya sido solicitada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso (Art. 229 del CPACA)

Presupuesto cumplido en atención a que la medida fue presentada durante el proceso, al momento de radicar la demanda, esto es el 04 de abril de 2023, oportunidad en la cual solicitó en el mismo escrito de la demanda la suspensión provisional del acto demandado y antes de ser notificado el auto admisorio.

(...)”

Con base en lo anterior, para la Sala no hay presencia del defecto de exceso ritual manifiesto por parte del juzgado de primera instancia, puesto que, dicho defecto debe producirse por la implementación de normas procedimentales en una forma excesiva; no obstante, de la revisión del procedimiento seguido dentro del caso *sub examine*, únicamente se advierte que desde la presentación de la solicitud de medida cautelar, solamente se dio trámite del traslado de la solicitud a las otras partes del proceso, todo ello a fin de garantizar las garantías fundamentales de legalidad y debido proceso, de resto no se observa la aplicación de más reglas procesales dentro del trámite de esta solicitud de medida cautelar, ahora, de otra parte lo que si evidencia esta Sala es que el juzgado ha dado una aplicación rigurosa a los postulados de la norma sustantiva sobre radicación y procedibilidad de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

Pues, como se referenció en líneas atrás, el juzgado efectuó un control detallado de los requisitos necesarios para la presentación y la procedencia de la solicitud de medida cautelar, de conformidad con la normativa prevista para el estudio de aquellas solicitudes, hecho que no constituye una aplicación de normas procesales, sino que representa el estudio formal de la norma sustancial del tema objeto de debate jurídico.

Partiendo de la premisa de que que no se evidencia la presencia del defecto de exceso de ritual manifiesto, se debe mencionar que los requisitos previstos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, no establecen que la solicitud de medida cautelar pueda ser estudiada conforme a los argumentos que representan el libelo de la demanda o que no es necesario presentar la solicitud de medida cautelar de manera separada, dado que el artículo ofrece 2 opciones para que sea interpuesta, puesto que, el referido artículo señala:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios” (negrillas de la Sala).*

De la anotación normativa se tiene que, aquellos representan unos requisitos que como bien los ha mencionado el *a quo*, equivalen a unos requisitos de fondo, toda vez que, como lo prevé la norma y la jurisprudencia, los requisitos de la solicitud de medida cautelar se encuentran previstos en los artículos 229 y 230 *ibidem*, de ahí se tiene entonces que, estos elementos de fondo establecen que la solicitud de suspensión provisional por la violación de las disposiciones invocadas puedan ir insertas en la demanda o en la solicitud que se realice en un cuaderno aparte; sin embargo, aquello no quiere decir que la solicitud pueda ser fundamentada con base en los argumentos que sirven de sustento para las pretensiones de la demanda, puesto que, aparte de que la solicitud esté debidamente sustentada con un análisis de la violación del acto administrativo demandado confrontado con las normas superiores que presuntamente transgrede y con las pruebas que

demuestren tal violación, la normativa prevé que la solicitud deberá cumplir con todos los requisitos mencionados en los artículos 229, 230 y 231 *ibidem*, hecho que no contrasta con el escrito de medida cautelar que fue presentado de manera independiente al de la demanda, en donde no se observa que se haya realizado el estudio de confrontación de los actos administrativos demandados con las normas superiores, sino que hace una mención a las razones por las cuales considera que se debe conceder la medida requerida, esto es, que se produce una flagrante nulidad en los actos demandados por dos situaciones en concreto:

1) La primera obedecería a que, la Contraloría General de la República incurrió en error al afectar la póliza no. 825-47-994000000652, la cual tenía como finalidad amparar a la entidad estatal ECOPETROL S.A., que abarcaba un periodo comprendido entre el 20 de abril de 2011 al 19 de agosto para el amparo de cumplimiento y otro periodo del 20 de abril de 2011 al 19 de julio de 2012 para el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, según la demandante, estos amparos se excluyen entre sí; sin embargo, en el fallo de responsabilidad fiscal emitido por la entidad demandada dicha exclusión no aplica.

2) Por otro lado, señala que, el supuesto incumplimiento del contratista (FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S.), tuvo lugar durante la vigencia del contrato de póliza, por lo que la Contraloría contaba con un plazo de 2 años para por lo menos emitir el auto de apertura de la investigación de responsabilidad fiscal, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Bajo esos postulados es que la empresa demandante considera que los actos administrativos demandados vulneran conceptos normativos superiores, en este caso los previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio.

En ese orden de ideas, el problema jurídico a estudiar consiste en determinar si el argumento de la exclusión de los conceptos de amparo derivados de la póliza no. 825-47-994000000652 constituye una infracción de las normas en que debió fundarse los actos administrativos demandados y por otro lado, determinar si esa infracción sobreviene por la prescripción del término que tenía la entidad demandada para dar la apertura a la investigación administrativa de tipo fiscal, tal y como lo dispone el artículo 1081 del Código de Comercio.

Respecto a la exclusión de los amparos de la póliza de seguro

Sobre el primer aspecto, se debe señalar que, la póliza de seguro de cumplimiento No. 825-47-994000000652, emitida por la Aseguradora Solidaria de Colombia el 25 de abril de 2011, contempla como amparos (i) la orden de compra cumplimiento, con vigencia desde el 20 de abril de 2011 hasta el 19 de agosto de 2011, por valor de \$194.681.619 y (ii) calidad del bien, con vigencia desde el 20 de abril de 2011 hasta el 19 de julio de 2012, por valor de \$194.681.619, hecho que demuestra que la póliza estaba destinada a cubrir dos (02) eventos distintos, como lo afirma la recurrente, tal y como se representan en el siguiente cuadro:

Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 825-47-994000000652			
Amparos	Vigencia		Valor
	Desde	Hasta	
Cumplimiento	20/04/2011	19/08/2011	\$194.681.619
Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados	20/04/2011	19/07/2012	\$194.681.619

Asimismo, de las pruebas prematuras aportadas al expediente se tiene demostrado que la póliza fue afectada por los eventos que se generaron por el incumplimiento contractual, producido por la empresa FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S., al no entregar en debida forma el material solicitado por ECOPETROL S.A., el día 3 de noviembre de 2011, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en la orden de compra no. 579362.

Ahora bien, la empresa demandante manifiesta que ECOPETROL no suscribió acta de recibo a satisfacción de los materiales que debió recibir de parte de la Ferreteria Camacho; sin embargo, dentro del fallo de responsabilidad fiscal se advierte que la entidad demandada señaló que ECOPETROL sí suscribió un acta de recibo de aquellos insumos, haciéndolo a través de una empresa intermediadora ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERIA S.A.S. hoy SNC-LAVALINCOLOMBIA S.A.S. Y/O ITANSUCA S.A.S., empresa encargada de la revisión de la calidad técnica de los materiales mencionados (tubería).

Dentro de ese contexto, la Sala comparte el punto de vista del *a quo*, en el sentido de señalar que, el aspecto referente al acta de recibo es un punto determinante para analizar si se presentó alguna irregularidad en el proceso contractual que derivó en la investigación de tipo fiscal que adelantó la Contraloría General de la República, evento por el cual no se darían los presupuestos necesarios para que se emita una decisión de suspender los actos administrativos demandados, toda vez que, se necesita analizar y recaudar material probatorio que pueda generar certeza en el hecho de que ECOPETROL recibió o no a satisfacción, los materiales que debía suministrarle la FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S.

Conexo a lo anterior, teniendo claridad acerca de la recepción de los materiales que debía suministrar la empresa Camacho y Cía, aquel supuesto permitiría determinar el argumento de ilegalidad propuesto por la demandante, correspondiente a que los amparos de la póliza son excluyentes entre sí, pero para ellos es fundamental establecer en qué momento fue que se produjo la afectación de la póliza y dicha situación solamente podrá ser analizada con la prueba que establezca el momento en que se haya producido el daño o en este caso, desde el momento en que ECOPETROL haya manifestado que los materiales entregados por el contratista estaban en malas condiciones.

Por lo tanto, el argumento de nulidad planteado en el escrito de apelación y que forma parte del concepto de violación que respalda las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho deberá ser analizado en la etapa pertinente, esto es, al momento en que sea proferida la sentencia de primera instancia, pues en este estadio procesal no hay claridad al respecto.

Prescripción del plazo para que la entidad emita el auto de apertura de la investigación

Respecto a la aplicación de las disposiciones establecidas en el artículo 1081 del Código de Comercio dentro de las etapas del proceso de responsabilidad fiscal que adelantó la Contraloría General de la República, la demandante considera que aplicando dichos términos previstos en esa norma se ha producido el fenómeno de la caducidad de la acción y la prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad fiscal.

La recurrente considera que la omisión de la norma en mención representa una clara infracción de la normativa superior, puesto que, la Contraloría desestimó el artículo 1081 del Código de Comercio que según la demandante indica la extinción de cualquier derecho derivado de un contrato de seguro.

Para dar solución al argumento propuesto por la demandante para que se decrete la medida de suspensión provisional, es necesario analizar el referenciado artículo 1081 del Código de Comercio, que establece:

“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”.

Bajo ese postulado se observa que, dentro de los contratos de seguros se pueden producir dos tipos de prescripción (i) una de tipo ordinaria de dos años que empieza a correr desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento del hecho y (ii) una de tipo extraordinaria que será de cinco años, que empezará a contabilizarse desde el momento en que nace el derecho.

Por otro lado, de la revisión del fallo de responsabilidad fiscal no. 009 del 22 de julio de 2021 se observa que, dentro de los fundamentos de derecho que determinaron la competencia de la entidad para emitir la decisión figuran el artículo 267 de la Constitución Política, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 610 de 2000, entre otras.

De ese compendio normativo, se logra dilucidar que el Contralor General de la República tiene como atribución *“(…) establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma (...)”*. En donde la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados.

De esa facultad de ejercer el control de la gestión fiscal a nivel nacional, se tiene además que, la Contraloría General de la República, así como las contralorías departamentales, distritales y municipales establecerán la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal de los particulares o entidades que administren los fondos o los bienes de la nación.

De otra parte, la Ley 610 de 2000 “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”, prevé la definición del proceso de responsabilidad fiscal, además de señalar el alcance de la gestión fiscal y los elementos de ese tipo de responsabilidad.

“ARTÍCULO 1o. DEFINICION. <Ver Notas de Vigencia> <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** *exequible*> *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.*

(...)

ARTÍCULO 3o. GESTION FISCAL. *Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.*

ARTÍCULO 4o. 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 responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

PARAGRAFO 1o. *La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.*

PARAGRAFO 2o. <Parágrafo **INEXEQUIBLE**>.

ARTÍCULO 5o. 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 causal entre los dos elementos anteriores”.*

Por otro lado, es de resaltar que con la expedición de la Ley 1474 de 2011 se produjo una modificación al proceso de responsabilidad fiscal definido en la Ley 610 del año 2000, por lo que, las disposiciones de esta ley fueron aplicadas en el caso de estudio, dado que, la actuación administrativa se inició con la expedición del auto no. 0896 del 16 de noviembre de 2016.

Ahora bien, la parte actora considera que, dentro del análisis para adelantar la actuación administrativa de tipo fiscal por la entidad demandada, esta debió ceñirse a los postulados normativos del artículo 1081 del Código de Comercio para adelantar las etapas procesales del proceso de responsabilidad fiscal, mientras que la Contraloría aduce que para el caso de la vinculación de los garantes en el contratos de póliza que se vinculen en el proceso de responsabilidad fiscal, se regirán por las disposiciones previstas en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, toda vez que, aquellos términos están sujetos al hecho generador del daño y por ende, en caso de existir un contrato de seguro que respalde la afectación de ese daño, el garante y la responsabilidad que le atañe en torno a ese posible suceso se regirá con base a los parámetros procesales previstos en la norma especial que regula ese tipo de procedimiento especial de responsabilidad fiscal.

Y esa discusión sin lugar a dudas ya es un tema de fondo que debe resolverse en la sentencia por cuanto existen diferentes posturas jurisprudenciales (la de la Sección Quinta cuando asumió la competencia para resolver asuntos de Sección Primera y la de la Sección Primera) sobre la aplicación de ese término de prescripción a los procesos de responsabilidad fiscal y la vinculación de las aseguradoras a los mismos, los efectos de la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011 a la Ley 610 de 2000, es decir que se trata de un tema sobre el que el juez debe tomar posición, y este no es el escenario para ello.

Así por ejemplo, si esa vinculación que se efectúa en los términos del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, como responsable civil, por razones inherentes al objeto del contrato de seguro y por economía procesal, implica no solo garantizar su derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal (que disponga de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal), si no, si eso corresponde a una *acción* o a una actuación administrativa, si se superponen dos normas jurídicas, una del Código de Comercio (art. 1081) y otra de procedimiento de responsabilidad fiscal (art. 9 de la Ley 610 de 2000), sobre el mismo tema (prescripción/caducidad) y cuál de ellas debe aplicarse porque prevén soluciones diferentes, o si hay una interpretación que las armonice, o existen normas de superior jerarquía que resuelvan la antinomia o se proponga una interpretación conforme a la Constitución.

2. El juzgado incurrió en inadecuada e indebida valoración probatoria frente a la acreditación previa de las circunstancias de ilegalidad, que le permitirían conceder la medida cautelar.

El recurrente manifiesta que el juzgado de primera instancia no realizó un debido análisis probatorio para constatar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que se le está ocasionando a la compañía aseguradora, toda vez que este tipo de perjuicio se produce de forma futura como consecuencia de los efectos que produzca el fallo de responsabilidad fiscal no. 009 de 22 de julio de 2021 que ha sido confirmado por los autos 1036 y 1075 de 2021, ya que la orden del fallo de responsabilidad fiscal obligaría a la demandante a realizar el pago impuesto, lo que afectaría la póliza que se constituyó con la empresa Ferretería Camacho y Cía.

De otra parte, señala que los actos adolecen de vicios de nulidad como infringir normas superiores y de falsa motivación, por cuanto se ordenó la efectividad de

la póliza pese a que ya habían transcurrido mas de dos años desde el incumplimiento con incidencia fiscal, así como también pasaron mas de 5 años desde la ocurrencia del incidente, lo que demuestra la configuración de la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Con relación a la indebida valoración de las pruebas por parte del Juzgado de primera instancia, se debe señalar que los actos administrativos demandados esto es, el fallo de responsabilidad fiscal 009 de 22 de julio de 2021, auto no. 1036 del 13 de septiembre de 2021 y auto RTF del 20 de octubre de 2021, son pruebas muy útiles para analizar los hechos y las pretensiones de la demanda, esto a fin de determinar si existe una posible nulidad en aquellos actos; sin embargo, no representan pruebas contundentes que demuestren con contundencia la ilegalidad de aquellos, por lo que, es necesario que sea allegado la totalidad del expediente administrativo a fin de determinar si los vicios de nulidad invocados en las pretensiones de la demanda tienen lugar a ello.

Ahora bien, respecto a la Circular no. 005 de 16 de marzo de 2020 “*ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS DENTRO DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL*”, de la cual manifiesta que debió ser aplicada en debida forma dentro de la actuación administrativa por parte de la Contraloría General de la República, aquel acto administrativo en efecto, puede ser importante para determinar la legalidad de los actos administrativos demandados, pero para esta etapa prematura del proceso, la mención de aquella directriz no refleja un aspecto que demuestre que los actos demandados hayan infringido normas de carácter superior o que la inobservancia de aquella Circular comprometa un perjuicio irremediable que deba ser subsanado mediante el decreto de la suspensión provisional de los actos administrativos demandados.

En ese orden de ideas, la Sala considera que las pruebas a las que hace referencia el demandante no constituyen elementos prioritarios para decretar la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, toda vez que, aquellos deben ser analizados y debatidos dentro del proceso a fin de establecer si las decisiones emitidas por la entidad demandada fueron emitidas con vicios de nulidad o no, pero en esta etapa no es posible tal análisis dado que es fundamental agotar las demás etapas procesales como el decreto y práctica de pruebas.

Conexo a lo anterior, afirma que en consideración a que Ecopetrol tuvo por incumplida la orden de compra de servicio no. 579362 suscrita con la sociedad Ferretería Camacho y Cía, por no suscribirse el acta de recibo a satisfacción de los bienes que entrego la contratista a la entidad contratante, es claro para la demandante que el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos que nunca nació a la vida jurídica al no concretarse la condición suspensiva, por lo que fue erróneo vincular y afectar la póliza de seguro por las coberturas de cumplimiento, calidad y correcto funcionamiento de los bienes que se suministraron en la relación contractual.

En ese orden de ideas, la Sala reitera los argumentos expuestos en el ordinal anterior, precisando que, si bien en el escrito de la medida cautelar la parte actora fundamenta el porqué debe ser decretada la suspensión de los actos administrativos acusados, ante lo cual, la Sala observa que los argumentos de hecho que pone de presente, por si solos, no acreditan el cumplimiento de los requisitos de la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*) y el perjuicio en la

mora (periculum in mora).

Pues de la confrontación de los actos administrativos demandados no se puede determinar que surge la violación de las normas superiores alegadas, ni mucho menos que se esté causando un perjuicio irremediable al demandante que ponga en duda los efectos de una eventual sentencia estimatoria a las pretensiones.

Ahora bien, según la parte actora la condición del perjuicio irremediable para decretarse la medida radica en los actos administrativos demandados, es decir, en el fallo de responsabilidad fiscal y los autos que confirmaron la decisión de aquel fallo, los cuales representarían las pruebas que demostrarían la afectación del perjuicio irremediable.

Sobre el particular, se debe señalar que estos argumentos del recurso, como la invocación de la prescripción ordinaria y extraordinaria derivada de las acciones del contrato de seguros, al igual que la legalidad del acta de entrega de recibo de bienes que no recibió la entidad contratante (Ecopetrol) con los que fundamenta la solicitud, guardan identidad con los argumentos de concepto de violación de la demanda, por ello, en esta etapa procesal es apresurado pronunciarse al respecto sobre dichos aspectos, por lo que, para que el Juzgador pueda llegar a alguna conclusión al respecto, debe tener en cuenta los cargos de nulidad junto con los argumentos de defensa confrontándolos con las pruebas.

Por lo anterior, la Sala resalta que los argumentos expuestos por el demandante deben analizarse en la respectiva sentencia y no en esta etapa procesal, en especial, cuando no se acreditó la existencia de un peligro inminente que, de no analizarse la legalidad de los actos administrativos en esta oportunidad, implique que los efectos de la sentencia sean nugatorios (perjuicio en la mora). Pues adviértase que si el demandante cancela la sanción que le fue impuesta, es claro que a título de restablecimiento la autoridad deberá resarcir el valor que fue cancelado, por lo que no se configura un peligro latente en la satisfacción de un eventual derecho que le sea reconocido a la demandante.

Así mismo, para la Sala no se configura la existencia del presunto perjuicio irremediable consistente en que la empresa demandante deba efectuar el pago de lo señalado en el fallo de responsabilidad fiscal, toda vez que, si en el caso de ser declarados legales los actos demandados, la entidad demandada está facultada legalmente para ejercer las acciones necesarias para exigir el cumplimiento de lo ordenado en el citado fallo de responsabilidad, así como también la empresa demandante estará legitimada para invocar sus consideraciones y excepciones al momento en que se pretenda exigir el cumplimiento de la condena.

Respecto a la solicitud de reintegro de la suma de dinero cancelada por concepto de multa, la Sala recuerda que las medidas cautelares no tienen el propósito de suspender los procesos de cobro adelantados por las entidades estatales, ya que estos cuentan con sus propias etapas procesales que otorgan la posibilidad a la demandante de ejercer su derecho de contradicción y defensa, para así controvertir las acciones de cobro a las que haya lugar (art. 823 y siguientes del Estatuto Tributario), por lo que el procedimiento coactivo por sí solo no constituye un perjuicio irremediable.

Así las cosas, se concluye que en el preciso momento procesal en que nos encontramos, no se advierte que la carga argumentativa y probatoria alegada por

la parte demandante conduzca a la necesidad e inminencia de decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los actos acusados.

En consecuencia, le asiste razón al juez de primera instancia al negar la medida cautelar, ya que no se cumplen los requisitos previstos en los artículos 229 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo para su decreto y, por tanto, se confirmará el Auto proferido el 10 de noviembre de 2023 por el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo de Bogotá, D.C.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B,**

II. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juzgado Sesenta y Ocho (68) Administrativo de Bogotá, D.C., en auto del 10 de noviembre de 2023, a través del cual negó la solicitud de medida cautelar, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, vuelva el expediente a su Despacho de origen, a fin de que se adopten las medidas que sean necesarias para garantizar su cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Nota: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que conforman la Sala de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011 y conserva plena validez, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.