

Señores:
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO
Atn. Dr. RIGOBERTO REYES GÓMEZ
E.S.D.

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Accionante: FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO
Accionado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO (GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO).
Litisconsorte: ALLIANZ SEGUROS S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y sucursal en Cali, tal como se acredita con el certificado de cámara y comercio que se aporta como anexo de este escrito, encontrándome dentro del término legal procedo a **CONTESTAR** la demanda impetrada por **FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO** en contra de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO**; y en segundo lugar, apronunciarme frente a las condiciones del contrato de seguro con fundamento en el cual mi representada fue vinculada a este proceso en calidad de litisconsorte cuasinecesario, para que en el momento en que se vaya a definir el litigio se tengan en cuenta los hechos y precisiones que se hace a continuación:

CAPÍTULO I

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I. FRENTE A LOS HECHOS:

Frente al hecho 1: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que el señor Fernando de Jesús Calle Moreno fungió como comandante del batallón de apoyo y servicios para el combate BASPC 8 de la ciudad de Armenia Quindío, desde el día 20 de junio de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016.

Frente al hecho 2: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que el demandante fue designado como director encargado del CENAC hasta el 12 de Marzo de 2015. Cabe destacar, que no se cuenta con la fecha en la cual fue designado como director encargado

del CENAC.

Frente al hecho 3: No me consta por tratarse de situaciones completamente ajenas al giro ordinario de los negocios de mi defendida. Lo aquí indicado tendrá que acreditarse conforme lo dispone el artículo 167 del CGP aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 211 del CPACA.

Frente al hecho 4: No me consta por tratarse de situaciones completamente ajenas al giro ordinario de los negocios de mi defendida. Lo aquí indicado tendrá que acreditarse conforme lo dispone el artículo 167 del CGP aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 211 del CPACA.

Frente al hecho 2: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que Para finales del año 2017, el demandante fue notificado de auto de apertura e imputación por parte de la entidad accionada **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO**, mediante auto 00091 del 22 de Diciembre de 2017 bajo la premisa de que él *celebró con la empresa RIMARCO SAS NIT.900.075.341-3, el contrato de mantenimiento y adecuación No. 078- BASPC08-2014...*. Igualmente en calidad de Comandante y Ordenador de Gastos del Batallón de BASPC No. 08 "CACIQUE CALARCÁ", celebró con la empresa GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S. NIT. 900.129.037- 2, el contrato de prestación de servicios profesionales No. 079-BASPC08-2014 y en donde también vinculó como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

“Teniente Coronel FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO, identificado con cédula de ciudadanía No.14.322 663 expedida en Honda (Tolima), quien en calidad de Comandante y Ordenador de Gastos del Batallón de ASPC No 08 "CACIQUE CALARCÁ", celebró con la empresa RIMARCO SAS NIT.900.075.341-3, el contrato de mantenimiento y adecuación No. 078- BASPC08-2014. Igualmente, en calidad de Comandante y Ordenador de Gastos del Batallón de ASPC No 08 "CACIQUE CALARCÁ", celebró con la empresa GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S. NIT. 900.129.037- 2, el contrato de prestación de servicios profesionales No. 079-BASPC08-2014. CONTRATANTE. Teniente Coronel EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.643.255, expedida en Bogotá D.C. quien en calidad de Director de la Central Administrativa y contable CENAC Armenia y Ordenador del gasto, suscribió el contrato modificadorio No. 01 del 15- 07-15 y contrato modificadorio No. 02 del 04-09- 2015, con la empresa RIMARCO SAS NIT. 900.075.341-3, al contrato de mantenimiento No. 078-BASPC08-2014 del 24 de diciembre de 2014 y ordenó el segundo pago del mismo. Igualmente suscribió el Contrato modificadorio No. 1 del 04-09-2015, al contrato de prestación de servicios profesionales No. 079-BASPC08-2014. CONTRATANTE. RIMARCO SAS - NIT. 900.075.341-3, persona jurídica que ejecutó el contrato de mantenimiento y adecuación No. 078-BASPC08-2014, para la época de los hechos, representada legalmente por el señor JOISMAR NAYIBE QUIROZ QUINTERO, identificado con la cédula de ciudadanía No.52.774.905. CONTRATISTA. contrato de mantenimiento y

adecuación No. 078-BASPC08-2014 GRUPO EMPRESARIAL FARMAQ S.A.S. NIT. 900.129.037-2, representado legalmente por el señor JOSÉ WILLIAM ADARME ALBARRACÍN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.030.579.022 de Bogotá D.C., quien ejecutó el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No.079-BASPC08-2014, para la época de los hechos, el cual tenía por objeto prestar apoyo a la supervisión de manera técnica, oportuna y suficiente; además, ostentaba obligaciones de carácter general, administrativas, técnicas, financieras y de carácter social frente al contrato No. 078- BASPC08-2014. Contratista con funciones de apoyo a la supervisión del Contrato de Mantenimiento y Adecuación No. 078- BASPC08-2014. TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES: Compañía Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - NIT. 860.002.534-0 Póliza No. 000705407955 - "Póliza de manejo para entidades oficiales", expedida el 2015/01/19, vigente desde 2015/01/01 hasta 2015/12/31. Asegurado: MDN - EJE-DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA. - NIT. 800.130.632-4 póliza que cubre el menoscabo de fondos y bienes nacionales causados por sus servidores públicos por actos u omisiones que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal. Valor asegurado: \$1.000.000.000,00. Sin deducible. Coaseguros: Código: 1309 - Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - Porcentaje de participación: 21.5%. Valor asegurado: \$215.000.000. Código: 891700037 - Aseguradora: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - Porcentaje de participación: 11.9999967%. Valor asegurado: \$119.999.967. Código: 860002400 - Aseguradora: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. - Porcentaje de participación: 21.5000039%. Valor asegurado: \$215.000.039. Código: 860002184 - Aseguradora: SEGUROS COLPATRIA S.A. - Porcentaje de participación: 22.4999997%. Valor asegurado: \$224.999.997. Código: 860026182 - Aseguradora: ALLIANZ SEGUROS S.A. - Porcentaje de participación: 22.4999997%. Valor asegurado: \$224.999.997. Compañía Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - NIT. 860.002.534-0. Póliza No. 000706237137 - "Póliza de manejo para entidades oficiales", expedida el 2016/01/04. Vigente desde el 2016/01/01 hasta el 2016/12/31. Asegurado: MDN - EJE- DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA. - NIT. 800.130.632-4 póliza que cubre el menoscabo de fondos y bienes nacionales causados por sus servidores públicos por actos u omisiones que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal. Valor asegurado de \$1.000.000.000,00. Sin deducible. Coaseguro: Código: 1309 - Aseguradora: QBE SEGUROS S.A. - Porcentaje de participación: 21.50%. Valor asegurado: \$215.000.000. Código: 891700037 - Aseguradora: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - Porcentaje de participación: 12%. Valor asegurado: \$119.999.967. Código: 860002400 - Aseguradora: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, Porcentaje de participación: 21.50%. Valor asegurado: \$215.000.039. Código: 860002184 - Aseguradora: SEGUROS COLPATRIA S.A. Porcentaje de participación: 22.50%. Valor asegurado: \$224.999.997. Código: 860026182 - Aseguradora: ALLIANZ SEGUROS S.A. - Porcentaje de participación: 22.50%. Valor asegurado: \$224.999.997. LIBERTY SEGUROS S.A. NIT. 860.002.534-0. Póliza No. 2448868 - fecha de expedición: 2014-12-24 - y Anexo de Modificación de fecha 2015-09-07. Contrato de Mantenimiento y

Adecuación No. 078-BASPC08-2014. Póliza de Cumplimiento a favor de entidades estatales (Decreto 1510 de 2013). Tomador: RIMARCO SAS. Asegurado y beneficiario: MDN EJÉRCITO NACIONAL BATALLÓN DE ASPC No. 8 CACIQUE CALARCÁ NIT. 800.130.829-8. Riegos asegurados: Cumplimiento del Contrato: \$117.040.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2016-02-11 (según anexo de modificación). Estabilidad y calidad de la Obra \$117.040.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2019-12-24 (según anexo de modificación). Calidad de los bienes \$117.040.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2018-10-11 (según anexo de modificación). Sin deducible. LIBERTY SEGUROS S.A. - NIT. 860.002.534-0. Tomador Grupo Empresarial FARMAQ S.A.S. Póliza No. 2448854 - fecha de expedición: 2014-12-24 - y Anexo de Modificación de fecha 2015-09-07. Contrato No. 079 - BASPC08-2014 Póliza de Cumplimiento a favor de entidades. Asegurado y beneficiario: MDN EJÉRCITO NACIONAL BATALLÓN DE ASPC No. 8 CACIQUE CALARCÁ NIT. 800.130.829-8. Riegos asegurados: Cumplimiento del Contrato: \$6.160.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2015-10-30 (según anexo de modificación). Calidad del Servicio: \$6.160.000.00 - vigente desde el 2014-12-24 hasta el 2016-06-30 (según anexo de modificación). Sin deducible”

Frente al hecho 6: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que el demandante en su escrito de descargos, indicó lo que en este punto fue transcrito en la demanda.

Frente al hecho 7: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que, una vez culminado el decurso procesal, la Contraloría expidió el acto administrativo contenido en el: **“FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019 proferido dentro de PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200 emanado de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO - GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO”**, mediante el cual declaró como responsables fiscales entre otros al señor FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO y declaró como terceros civilmente responsables a todas las aseguradoras intervinientes en el proceso.

Frente al hecho 8: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que la motivación esbozada en el acto administrativo a que se hace referencia en el hecho precedente fue:

*“ Se menciona en el Auto No. 002 de 2017, que adicional a las deficiencias en la edificación, se suma el más importante y relevante para este proceso, que consiste en que **la obra no puede ser utilizada, toda vez que incumple con los requisitos generales de diseño y construcción sismo resistente contenidos en el Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 y además se encuentra ubicada en un zona de sismicidad alta**, y que así lo advierte el experto en su informe (Resaltado y subrayas fuera de texto). Debe precisarse que el origen de esta actuación tiene su génesis en el Auto*

No. 002 del 27 de abril de 2017, a través del cual se ordenó la apertura del proceso de responsabilidad fiscal por hechos relacionados con irregularidades en el contrato de mantenimiento y adecuación No. 078 BASPC8-2014, BATALLÓN DE APOYO SERVICIOS PARA EL COMBATE No. 08 «CACIQUE CALARCÁ», decisión donde se concluyó con respecto al **daño** lo siguiente: .. “Dentro de la presente actuación fiscal se encuentra probado la existencia de un daño fiscal en la cuantía de QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$541.803 439,13) **por ejecutarse una obra que no se puede utilizar porque no cumple con las normas de diseño y construcción sismo resistente, que puede poner en peligro la vida de los ocupantes.** Para el despacho es evidente que la inversión de los recursos iba destinada a la construcción de una edificación donde funcionarían las oficinas del CENAC Armenia y que a pesar de que se desembolsaron los recursos y se ejecutó la obra, estos no cumplieron su objetivo. A la fecha de esta investigación, la edificación no se ha podido utilizar, es decir los recursos fueron inutilizados o enterrados en una obra improductiva...” (Resaltado y subrayas fuera de texto).- Folios 9-10 de 116 del fallo con responsabilidad fiscal.

Más adelante, y después de transcribir apartes de los descargos y alegatos de concusión presentados por los suscritos apoderados expresa (folios 56 y 57 de 116):

(...) Con base en los artículos 22 y siguientes de la Ley 610 de 2000, se practicaron las pruebas conducentes, pertinentes y útiles para lograr el esclarecimiento de los hechos y determinar con certeza si existió o no daño fiscal en el presente proceso.

Ahora bien, se hace necesario analizar las pruebas y examinarlas en conjunto, lo cual se realizará así:

1. CONTRATO DE MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN No. 078 BASPC8- 2014 Y SUS ADICIONALES (CD F.243).

El negocio contractual en mención fue suscrito por FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO, en calidad de contratante y JOISMAR NAYIVE QUIROZ QUINTERO, representante legal de RIMARCO SAS como contratista, el día 24 de diciembre de 2014.

El objeto del contrato fue:

«**CLÁUSULA PRIMERA - OBJETO:** El objeto del presente contrato de obra es el MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DEL CENAC ARMENIA EN EL BASPC8; de acuerdo a los estudios previos de la entidad y la propuesta adjudicataria».

En la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer consagrada en los estudios previos, se estableció:

...El ejército nacional ha dispuesto la creación de la central administrativa y contable del eje cafetero en la ciudad de Armenia, razón por la cual debe habilitarse una edificación de las existentes en la unidad militar, para funcionar como CENAC y centralizar allí todas las funciones administrativas y contables de las unidades centralizadas en el eje cafetero.

Hasta diciembre de 2014, los batallones de apoyo y servicios para el combate, ejercerán las labores de centralización administrativa y contable, la cual será asignada a la nueva central que se creó en el eje cafetero, con sede en el BASPC8 de la ciudad de Armenia.

Para habilitar el funcionamiento del CENAC, se identificó uno de los edificios, para ser adaptado con los lineamientos básicos del ejército nacional, conforme el tamaño y operatividad del nuevo CENAC con sede en Armenia.

Para hacer funcional la nueva unidad logística, ella debe contar con el espacio, seguridad, equipos, redes y oficinas correspondientes a la tarea que desarrollara en la centralización de los departamentos de Caldas, Risaralda y Quindío. Razón por la cual, debe habilitarse una red de comunicaciones electrónicas idóneas que permitan la interconexión efectiva con el comando central y garantice la correcta y oportuna manipulación de información para el buen funcionamiento del ejército nacional. (...)

(...) 2. *Acta de inicio del contrato 078 BASPC8- 2014, de fecha 13 de enero de 2015, suscrita por JOISMAR NAYIVE QUIROZ QUINTERO -contratista-, JOSÉ WILMAR ADARME ALBARRACÍN -interventor- y FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO -contratante-. (Fs. 1277-1283).*

3. *Informes semanales de interventoría de fecha 13 al 18, del 19 al 24, del 26 al 31 de enero de 2015; del 02 al 07, del 9 al 14 y del 16 al 21 de febrero de 2015; del 9 al 13 y del 22 al 27 de junio de 2015 suscritos por el grupo FARMAQ (CD F. 243).*

4. **CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES No. 079-BASPC08-2014**, cuyo objeto consistió en:

«CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA PRESTAR EL APOYO A LA SUPERVISIÓN AL MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DEL CENAC ARMENIA EN EL BASPC8».

(Ver CD F. 524 - Pág. 249 y siguientes del documento digital: tomo 1 contrato No. 079 2014).

5. *Pliego de Condiciones - noviembre de 2014 (CD F.243; Fs. 1110-1159).*

6. **Actas de seguimiento de obra No. 1** del 26 de diciembre de 2014, **No. 2** del 05 de enero de 2015, **No. 3** del 03 de febrero de 2015, **No. 4** del 19 de febrero de 2015, **No. 5** del 26 de febrero de 2015, **acta de suspensión del 19 de marzo de 2015, acta de seguimiento de obra No. 6** del 31 de marzo de 2015 y **No. 7** del 04 de junio de 2015 (Fs. 1578-1600).

7. *Resolución No. 0037 del 09 de marzo de 2017, por medio de la cual se declara la liquidación unilateral del contrato (Fs. 387).*

8. VISITAS ESPECIALES:

Acta de visita especial realizada en las instalaciones del BASPC8 «Cacique Calarcá», durante la indagación preliminar fiscal el día 21 de diciembre de 2016 (Fs. 277-278)

Acta de visita fiscal especial realizada el 27 de marzo de 2017 por el ingeniero civil HERNÁN ALONSO ARISTIZÁBAL ÁLZATE a la obra objeto del contrato (Fs.410- 413).

Acta de visita fiscal especial No. 01 llevada a cabo el día 9 de agosto de 2018, realizada por el ingeniero civil HERNÁN ALONSO ARISTIZÁBAL ÁLZATE a la obra objeto del contrato (Fs. 1566-1568).

Acta de visita fiscal especial No. 02 realizada el 30 de octubre de 2018, por el ingeniero civil HERNÁN ALONSO ARISTIZÁBAL ÁLZATE a la obra objeto del contrato que llama la atención de este despacho (Fs. 1726-1728).

9. INFORME TÉCNICO:

El ingeniero civil HERNÁN ALONSO ARISTIZÁBAL ÁLZATE asignado al grupo de vigilancia fiscal de la gerencia departamental colegiada del Quindío, presentó informe bajo

el radicado 20171E0033816 del 23 de abril de 2017 (C. 3 Fs. 388-419), documento en el cual expresó entre otros.

...Se debe advertir que para el desarrollo de la visita se esperaba encontrar con las obras manifestadas y establecidas en los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, las cuales correspondían con el mantenimiento de una construcción existente, tal como se desprende de los siguientes párrafos transcritos.

Según los Estudios Previos:

"1 DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD QUE SE PRETENDE SATISFACER CON LA CONTRATACIÓN.

El ejército nacional ha dispuesto la creación de la central administrativa y contable del eje cafetero en la ciudad de Armenia, razón por la cual debe **habilitarse una edificación de las existentes** en la unidad militar, para funcionar como CENAC y centralizar allí todas las funciones administrativas y contables de las unidades centralizadas en el eje cafetero

(.)

El edificio destinado para funcionar como CENAC dentro del BASPC8 debe someterse a mantenimiento y adecuación...

Por todo lo aquí descrito y de conformidad con el presupuesto de obra que contiene la cantidad de ítems a intervenir en el mantenimiento y adecuación del CENAC Armenia, se encuentra plenamente justificado el proceso de selección, . .

Siendo así y en atención de la necesidad expuesta, resulta necesario para el Batallón de ASPC N° 08 - "Cacique Calarcá", adelantar un proceso de selección pública que permita contratar la obra pública de "MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DELCENACARMENIA EN EL BASPC8" (...)

Más adelante a folio 60 se manifiesta:

...” Como se observa la Entidad planeó y contrató obras y actividades de mantenimiento. sin embargo. se evidenció. del expediente contractual y la visita de campo. que las obras y actividades realizadas fueron la demolición de una edificación existente de un piso y la construcción de una obra nueva de dos pisos...”

(NEGRILLA Y RAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL)

Posteriormente, y a folios 69 Y 70 DE 116 al referirse al DAÑO indica:

Luego de surtido el proceso de selección, se suscribió el contrato de obra No. 078- BASPC8-2014 del 24 de diciembre de 2014, en el cual se estipuló (CD F.243):

«... g) Que con base en las consideraciones anteriores, las partes hemos convenido en celebrar el presente contrato del cual hacen parte integral los documentos expedidos durante el proceso de selección y aquellos presentados por el contratista en su propuesta adjudicataria **CLÁUSULA PRIMERA - OBJETO: El objeto del presente contrato de obra es el MANTENIMIENTO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES LOCATIVAS Y RED LAN PARA PONER EN FUNCIONAMIENTO LAS OFICINAS DEL CENAC ARMENIA EN EL BASPC8, de acuerdo a los estudios previos de la entidad y la propuesta adjudicataria»**
(Subrayado fuera de texto)

Dos semanas después de haberse suscrito el acta que dio inicio al contrato el 13 de enero de 2015, se llevó a cabo la demolición de la infraestructura que iba a ser objeto de habilitación y se empezó de cero con la construcción de una obra nueva.

Como se observa la entidad planeó y contrató obras y actividades de mantenimiento, sin embargo, se evidenció, del expediente contractual y la visita de campo, que las obras y actividades realizadas fueron la demolición de una edificación existente de un piso y la construcción de una obra nueva de dos pisos, sin contar con planos estructurales, memorias estructurales, licencia de construcción, sin cumplir los requisitos generales de diseño y construcción sismo resistente de la norma NSR-10, por lo tanto, debe evitarse su ocupación por los miembros del Ejército Nacional.

En otras palabras, la edificación hecha no debe ser habitada, pues pone en un alto riesgo la vida de los ocupantes en el momento que se presente un sismo de considerables proporciones, pues se encuentra en una zona de Colombia donde los fuertes Sismos son relativamente frecuentes, y por eso la Norma NSR-10 ubica a Armenia en una Zona de Amenaza Sísmica ALTA.

Lo anterior, indica que se configura un daño patrimonial al Estado por el valor pagado a la firma contratista que asciende a **\$541.803.439,13**, toda vez, que la edificación no debe ser empleada en el estado en que se encuentra. (...)

A folio 76 a 80 de 116: se analiza la responsabilidad del demandante como gestor fiscal así:

(...) Antes de referirnos a cada uno de los sujetos procesales con el ánimo de establecer su responsabilidad o no en esta causa, no olvidemos que los fundamentos fácticos que constituyen la razón de ser de este proceso de responsabilidad fiscal y cuyo incumplimiento generaron el detrimento patrimonial que ahora llama la atención de este despacho, son:

1. Contrato de Mantenimiento y Adecuación No. 078 BASPC8- 2014 y sus adicionales.
2. Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 079-BASPC08-2014.

Seguidamente, y una vez analizados los anteriores negocios en el acápite correspondiente a la valoración probatoria, el despacho realizará el análisis de los demás elementos establecidos en el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, así:

RESPONSABILIDAD DE LOS SEÑORES FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO y EDISON WILMAN MANCHEGO OROZCO, en condición de ordenadores del gasto -Contratantes- para la época de los hechos:

Ya vimos que el daño se generó por planear y ejecutar la construcción de una obra sin atender realmente las necesidades y sin que cumpliera su finalidad, ocasionando como ya se advirtió en letras anteriores en un detrimento que afectó los intereses del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL - OCTAVA BRIGADA - BATALLÓN DE APOYO Y SERVICIO PARA EL COMBATE No. 8 «CACIQUE CALARCÁ».

No obstante, en el trámite del proceso, es ampliamente discutida la responsabilidad que se deriva de los ordenadores del gasto que intervinieron en las diferentes etapas de la contratación y para ello empecemos por establecer que:

FERNANDO DE JESÚS CALLE MORENO, quien se desempeñó como comandante y ordenador del gasto del Batallón de BASPC No 08 «CACIQUE CALARCÁ», de conformidad con la Resolución MDN 12767 del 25 de noviembre de 1994, por el período 20 de junio de 2013 al 12 de marzo de 2015, fue quien adelantó el proceso precontractual y suscribió con la empresa **RIMARCO SAS** NIT. 900.075.341-3, el pluricitado contrato de mantenimiento y adecuación No. 078- BASPC08-2014.

De lo expuesto se deduce que con relación al contrato de mantenimiento y adecuación de instalaciones locativas y red LAN para poner en funcionamiento las oficinas del CENAC Armenia en el BASPC8, el comandante alcanzó a estar aproximadamente dos (2) meses como interviniente del negocio contractual, considerando que este inició el 13 de enero de 2015 y tenía un plazo de ejecución inicial de cinco (5) meses.

Menciona en sus argumentos de defensa, que el problema jurídico a resolver por parte del despacho, es determinar si su participación como ordenador del gasto para este contrato fue determinante en la entrega de una obra presuntamente "inútil" y generadora de daño fiscal, frente a lo cual la respuesta por parte de este ente de control es afirmativa, pues fue a partir de su participación en la formación del negocio jurídico que se desencadenó el detrimento; fue él quien adelantó toda la etapa precontractual y parte de la contractual, situación que efectivamente quedó consagrada en el auto de apertura e imputación cuando se plasmó que su obrar contravino el principio de planeación dispuesto entre otras normas, en la Resolución No. 6345 del 14 de septiembre de 2012 «Manual de contratación del Ministerio de Defensa Nacional, y sus unidades ejecutoras 2012» y en el mismo informe técnico rendido por el profesional designado, también

quedó contemplada dicha situación, a diferencia de lo afirmado por este.

Aunado a lo expuesto, en los estudios previos quedó plasmada la necesidad de creación de la Central Administrativa y Contable del ejército en el eje cafetero en la ciudad de Armenia, disponiéndose habilitar una edificación de las existentes en la unidad militar para funcionar como CENAC, así mismo, que se adelantara toda la etapa de escogencia del contratista y se suscribiera el contrato con esta finalidad, sin embargo, a las dos semanas de inicio de la obra, se dio un vuelco total al objeto contractual, autorizando la demolición de la estructura existente para iniciar de cero con una edificación nueva, desconociendo el principio de planeación consagrado en el Estatuto de Contratación.

Revisando el nexo causal en el caso sub examine, el daño deviene desde la etapa precontractual, pues si lo que se requería era una obra nueva de dos pisos, así debió concebirse desde el comienzo y fue precisamente dentro de la gestión como ordenador del gasto del TC CALLE MORENO que se concibió el proyecto y se cambió el objeto contractual, pese a que formalmente no quedó estipulado.

Es menester aclararle al imputado que, para este despacho, el daño no se da por el recibo de una obra sin terminar, el daño es la obra en sí misma, la cual al no haber sido planeada incumple los requisitos de construcción sismo resistente y pone en riesgo a las personas que decidan habitarla.

Es así como se aprecia que la planeación es de imperioso cumplimiento, pues de ella depende el éxito o fracaso de la contratación. Para el presente caso la ausencia de planeación -como pilar de la actividad negocial-, demuestra que la decisión de habilitar -mantenimiento y adecuación de obra existente - y luego de cambiar el objeto contractual, no respondió a necesidades claras y objetivamente identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación.

Si bien en sus alegaciones el Teniente Coronel aduce que su intervención no es directa, ni relevante con desembolsos de dinero, supervisión, ejecución directa de obra y recibo de la misma, dado que no ostentaba el cargo de ordenador del gasto para esta fecha, esto es 6 de octubre de 2015; fue a partir de la etapa de planeación y celebración del contrato y posteriormente autorizando el cambio de actividades, donde sí estuvo presente y se encontraba habilitado para el manejo de los recursos públicos, que se materializó la construcción de una obra que no cumplió la finalidad.

Se debe advertir que, de acuerdo a los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, la obra debía corresponder al «mantenimiento de una construcción existente» y no a la construcción de una obra nueva, como en realidad ocurrió.

En el desarrollo del presente proceso de responsabilidad fiscal, no se obtuvo prueba alguna que evidenciara el soporte técnico, ni legal, que condujera al cambio del objeto contractual, tampoco se evidencian como quedó reseñado en letras anteriores, los planos estructurales, memorias estructurales, licencia de construcción y el cumplimiento de los requisitos generales de diseño y construcción sismo resistente de la norma NSR-10.

Finalmente, en cuanto a la aseveración que el daño es potencial, debido a que existe una obra inconclusa que precisamente solo podría cumplir con la norma NSR-10 al momento de ser culminada, es preciso indicar que a este Despacho no le es dable efectuar pronunciamientos sobre supuestos, al día de hoy existe una obra que no genera ningún beneficio pues no puede ser

utilizada o habitada, lo que configura un daño presente, cierto, real y cuantificable, pues la gestión realizada con los recursos públicos no logró el objetivo que se quería alcanzar.

La planeación es un concepto incorporado al derecho, a través de las nociones de planeación y planificación como uno de los principales elementos técnicos planteados en la Ley 80 de 1993 y que fueron traídos de las ciencias de la administración y de la ingeniería industrial. En materia del contrato estatal de obra, es la realización en tiempo de la obra pública, acorde con lo pactado y en términos de presupuesto.

«La preocupación por la planeación obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras que son de prioridad social y no exclusivamente de orden suntuario, respecto a otras de uso restringido, que impliquen inversión no democrática o parcializada; es parte del concepto de modernización y eficiencia del Estado. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta».

En el ordenamiento legal colombiano la planeación no es delimitada de forma conceptual, sino que por medio de presupuestos y estudios de conveniencia y viabilidad diferentes; además de guías que sirven para darle cumplimiento como principio rector de la contratación estatal según el artículo 25 de la Ley 80 de 1993.⁴ Su implementación, difusión y desarrollo se presenta como parte del procedimiento para hacer contratos en el Estado y en materia de obras públicas, aún requiere un desarrollo práctico, desde un componente técnico y jurídico en la ejecución, para superar el nivel teórico que la limita al cumplimiento de actividades en la etapa precontractual.

La planeación del contrato de obra, es más que los procedimientos legales y el cumplimiento con el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública; porque tiene una finalidad material y social superior, que excede las fórmulas jurídicamente establecidas, toda vez que las obras contratadas deben ser las que se requieren en atención a unos planes de desarrollo vigentes que consideren cuáles son prioritarias, que existan los recursos para su plena ejecución y que no se inicien obras que no se puedan concluir, que se pague por ellas lo justo de acuerdo al mercado, que se cuente con los estudios previos necesarios, realizados en términos racionalmente económicos de tiempo, uso y compromiso de las finanzas públicas y, además, que se entreguen al servicio, con garantía por un tiempo técnicamente establecido acorde con su funcionalidad.

De igual manera, se busca que se contemple su sostenibilidad y continuidad en el tiempo, para que cumplan los objetivos de la responsabilidad social y buen gobierno corporativo, para que el erario público sea aprovechado de manera óptima, sirviendo lo contratado al desarrollo con justicia social (Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287). Así, las entidades públicas que contratan, aparte de cumplir con la ley, lo harán dentro de estándares de calidad, planeación estratégica, normas internacionales de contabilidad e información financiera, y regulaciones de construcción, para que se minimicen los problemas de clientelismo y corrupción que históricamente han afectado la contratación pública.

En el caso de autos, se observa que el principio de planeación brilla por su ausencia.

Conforme con el material probatorio allegado a este expediente quedó probado que en la ejecución de las obras objeto del mantenimiento y adecuación, el Teniente Coronel CALLE MORENO actuó de forma negligente al no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la óptima inversión de los recursos, por tanto, fallará con responsabilidad fiscal en su contra a título de culpa grave, de conformidad con lo estipulado en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000. (...)

Frente al hecho 9: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que el demandante interpuso recurso de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal, en los términos del artículo 101 de la Ley 1474 de 2011 en concordancia con el artículo 110 de la misma norma, quedando así debidamente agotada la sede administrativa.

Frente al hecho 10: De conformidad con las documentales que obran en el plenario, es cierto que el día 10 de Mayo de 2019, se notificó electrónicamente el segundo acto administrativo respecto del cual se pretende su nulidad, esto es, el auto No. 00031 del 8 de mayo de 2019, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el fallo con responsabilidad Fiscal No. 00001 del 25 de febrero de 2019, adelantado dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-01200, por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDIO.

Frente al hecho 11: No es un hecho que dé base al presente medio de control.

II. CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

1. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

La contraloría General de la República incurrió en un yerro que vulnera directamente el derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 de la Constitución Política), esto, debido a que no determinó el fundamento de la presunta responsabilidad que recae sobre el demandante, desconociendo así los requisitos de la responsabilidad fiscal enmarcados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 Veamos:

En la motivación que se trae para efectos de responsabilizar al demandante en el auto **POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA E IMPUTA RESPONSABILIDAD FISCAL** se establece que:

- Existe un detrimento patrimonial por una obra inútil
- Se determina como fecha de la ocurrencia de los hechos el día **06 de octubre de 2015**, fecha en la cual se suscribe **“ACTA DE RECIBO A SATISFACCIÓN” No. 114 del contrato baspc08-2014...**
- Se acredita la condición de gestor fiscal del demandante respecto de la participación en la etapa precontractual y contractual respecto de dos contratos de mantenimiento y supervisión.

De lo anterior, se colige que en la imputación de responsabilidad fiscal, se enrostró al demandante, la suscripción de un contrato de mantenimiento que generó una demolición y construcción de dos pisos “inútil”, y la supervisión de dicho contrato, en lo atinente a que se recibe a satisfacción una obra inútil.

No obstante lo anterior, en ese momento procesal se le reprocha a nuestro representado, su condición de gestor fiscal en la firma del contrato, pero queda la sensación que la interventoría o quien recibiera la obra, le dio visto bueno a algo que presuntamente no sirve, lo que lesiona directa y flagrantemente el contenido del artículo 5 de la Ley 610 de 2000; lo anterior, debido a que el nexo causal entre el daño y la conducta desplegada por el gestor fiscal está indeterminada, es decir, no se comparte que con la puesta en ejecución de un contrato cuyos objetos correspondieron a lo ordenado por el nivel central, y solo con la rúbrica de los mismos y firma de acta de inicio que es hasta donde actuó nuestro prohijado, se haya incurrido en una falta tan seria y que tenga directa y determinante injerencia en un asunto atribuible a quien ejecuta obra, es decir, que si se contrata para un asunto distinto a la demolición de una edificación, ya la óptica de la responsabilidad se observará desde quien ejecuta obra. Atribuirle responsabilidad fiscal a nuestro prohijado sin un nexo causal claro, sería como responsabilizar al ministerio de defensa por crear la necesidad.

Por lo anterior, el primer acto administrativo demandado **“FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019 proferido dentro de PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200 emanado de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO - GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO”** se centró en que se planeó una obra, **“Como se observa la Entidad planeó y contrató obras y actividades de mantenimiento. sin embargo. se evidenció. del expediente contractual y la visita de campo. que las obras y actividades realizadas fueron la demolición de una edificación existente de un piso y la construcción de una obra nueva de dos pisos...”** Es decir, que si se planeó una obra de acuerdo a las necesidades del CENAC, empero su ejecución que no se hizo durante el lapso de tiempo en que nuestro prohijado fungiera como gestor fiscal de esos contratos, deba responsabilizarlo frente a lo imposible, es decir frente a temas técnicos que además desconoce, pero sin un nexo causal directo que determine per sé, que la intervención de nuestro prohijado generó una obra inútil.

Ahora bien, de un ejercicio comparativo de la motivación de ese primer acto administrativo demandado con el que puso fin a la actuación administrativa, es decir, con el auto No. 00031 del 8 de mayo de 2019, por medio del cual se resuelve recurso de reposición interpuesto contra el fallo con responsabilidad Fiscal No. 00001 del 25 de febrero de 2019, adelantado dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-01200, por la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDIO (Grupo para investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva del Quindío); confirmando dicho fallo. Se centra básicamente en lo siguiente:

“En el presente caso, el reproche del despacho es que el TC CALLE MORENO, suscribió un contrato de mantenimiento y cambió su objeto para continuar con otro negocio contractual de obra nueva, lo que conllevó al detrimento establecido en el proveído de marras”.

Lo anterior se dio por probado sin estarlo, toda vez que la Contraloría solo se basó en el acta de inicio de obra, suscrito el día 13 de Enero de 2015, para determinar que el señor Coronel Calle, mediante éste documento cambió el objeto del contrato ordenando la demolición de la obra, lo cual no se acomoda a la realidad; pues nada tiene que ver el inicio de obra con lo que está planteando el ente investigador, desdibujando de esta manera la imparcialidad y soporte probatorio que debe enmarcar el fallo analizado, lo cual atenta flagrantemente con el debido proceso, ya que se demuestra que a pesar de existir elementos determinantes para analizar comportamientos individuales, la razón de ser de la investigación era declarar a todos los implicados responsables fiscales.

Claramente y como se expresa en el último acto administrativo que se rebate, una cosa es el daño y otra cosa es la fecha de los hechos, pero si en la fecha de los hechos no se encontraba el demandante como gestor fiscal, y estos fueron determinantes para la causación del daño patrimonial, ¿por qué entonces se ataca finalmente la planeación?

Por otro lado, se dice en el fallo confirmatorio que **“En el presente caso, el reproche del despacho es que el TC CALLE MORENO, suscribió un contrato de mantenimiento y cambió su objeto para continuar con otro negocio contractual de obra nueva, lo que conllevó al detrimento establecido en el proveído de marras”**

Esto significa que el reproche fue cambiando entre la imputación, el primer fallo y finalmente se acomoda en el último fallo o acto administrativo demandado, y aquí cabe resaltar que nuestro prohijado nunca cambió el objeto contractual, fue solo en terreno, quienes intervinieron el inmueble, los que: o desarrollaron algo distinto, o encontraron situaciones propias de la teoría de la imprevisión, o sencillamente hicieron algo no contratado, pero que en campo se haya realizado algo distinto, no es determinante ni “ causa de lo causado” , esto para hacer hincapié en que ninguna de las alternativas planteadas en contra del T.C. FERNANDO DE JESUS CALLE MORENO confluyen con el requisito de acreditación y prueba del nexo de causalidad. Estas situaciones atacan y vulneran el debido proceso administrativo enmarcado directamente en el artículo 29 de la constitución política -Debido proceso administrativo-

Por otro lado, nunca se resolvió lo atinente a la caducidad de la acción fiscal, no por la genérica de los cinco años, sino, por lo anotado en los descargos relativo al artículo 45 de la Ley 610 de 2000 que expresa: *“Término. El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.”*

-Apertura indagación preliminar **Auto No. 001 de noviembre de 2016.**

-Cierre de indagación preliminar y traslado al grupo de investigaciones Juicios -Fiscales y Jurisdicción Coactiva **Auto No. 002 del 27 de abril de 2017.**

-Apertura e imputación de responsabilidad fiscal **Auto No. 0091 del 21 de noviembre de 2017, notificado el 30 de noviembre de 2017.**

Bajo las fechas anteriormente indicadas se encuentra que la entidad contó desde el día 27 de abril con el término de tres (3) meses para realizar la debida instrucción de la investigación, sin embargo se presentaron oficios internos en el ente de control que generaron devoluciones reiteradas del expediente, siendo el último oficio remitido al Gerente Departamental del Quindío el día 14 de julio del año 2017, pero solo se conoció del auto de apertura hasta el día 30 de Noviembre de 2017, presentando una eventual extemporaneidad en la actuación del ente fiscal, de la cual se espera el cuerpo colegiado revise con el debido detalle.

De lo anterior, se colige que los actos administrativos demandados, aparte de ser falsamente motivados, devienen de incumplimiento a normas positivas que no se cumplieron, contrariando los fines del estado (Art 2 C.P.) debido a que nuestro mandante esperaba un fallo que se encontrara enmarcado dentro de los postulados del art. 13 y 267 constitucionales, debido a que la ambigüedad de las decisiones atacadas han generado un trato indigno y diferenciado a nuestro poderdante contrariando los principios orientadores de la acción fiscal (art. 2 Ley 610 de 2000 en concordancia con el debido proceso constitucional. Por otro lado, se han desconocido los elementos de la responsabilidad fiscal que contempla el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, pues no quedó clara y debidamente determinada la acción u omisión determinante en el daño, y sobre este elemento cabe resaltar, que como la contraloría intervino apresuradamente, este no pudo ser resarcido debido a que nunca se ejecutó por parte del contratista la totalidad del presupuesto que se tenía para la ejecución contractual, es decir, el daño siempre fue potencial y nunca cierto, pues, la obra deja de ser inútil, si pudiere ser terminada., y en este sentido, se vulnera el artículo 23 de la norma en cita debido a que la certeza del daño es tan nublada que no se encuentra un solo argumento que acredite que nuestro mandante es responsable de un detrimento que no existe, y no existe porque una obra que pueda ajustarse a la norma NSR 10 y bajo el mismo presupuesto que se tenía para el efecto siempre deja un daño potencial, no verificado y relativo a situaciones de obra y no del señor CALLE MORENO.

Se tiene como vulnerado además el principio establecido en el artículo 281 del C.G.P por la abierta contradicción entre el análisis de responsabilidad que se hace de nuestro cliente. Así mismo, procede aseverar que, cuando la ley establece las razones que autorizan la expedición del acto administrativo, está limitando en doble aspecto al ente administrativo: en primer lugar, le fija los únicos motivos que justifican la emisión de voluntad y, en segundo lugar, le impone la obligación de motivar su acto. Además, en jurisprudencia del Consejo de Estado, con reiterada solvencia conceptual se ha sostenido que la facultad discrecional no es absoluta, sino que va encaminada al logro de buen servicio público. Las limitaciones, en el caso sub-júdice, se imponen, como está demostrado con la violación de la Constitución y la ley.

Queda así acreditado la violación directa de las normas en que deberían fundarse los actos administrativos objeto de reproche que generan una falsa e indebida motivación que necesariamente deberán acarrear su nulidad.

III. FRENTE A LAS PRETENSIONES

FRENTE A LA PRIMERA: Coadyuvo la solicitud de declaratoria de nulidad del acto administrativo “**FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 00001 DEL 25 DE FEBRERO DE 2019** proferido dentro de **PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200** emanado de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO**” por haberse expedido con violación a las normas en que debería fundarse y con falsa motivación.

FRENTE A LA SEGUNDA: Coadyuvo la solicitud de declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el auto No. 00031 del 8 de mayo de 2019, por medio del cual se resuelve recurso de reposición interpuesto contra el fallo con responsabilidad Fiscal No. 00001 del 25 de febrero de 2019, **proferido dentro de PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200** emanado de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO - GRUPO PARA INVESTIGACIONES, JUICIOS FISCALES Y JURISDICCIÓN COACTIVA DEL QUINDÍO**” por haberse expedido con violación a las normas en que debería fundarse y con falsa motivación.

FRENTE A LA TERCERA: Coadyuvo la solicitud consecencial a título de restablecimiento del derecho, con el fin de que se ordene a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** modificar parcialmente el - auto No. 00031 del 8 de mayo de 2019, por medio del cual se resuelve recurso de reposición interpuesto contra el fallo con responsabilidad Fiscal No. 00001 del 25 de febrero de 2019, **proferido dentro de PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. PRF-2017-01200** emanado de la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL QUINDÍO**.

IV. ANÁLISIS FRENTE AL CONTRATO DE SEGURO FUNDAMENTO DE VINCULACIÓN A MI REPRESENTADA COMO LITISCONSORTE CUASINECESARIO

1. AUSENCIA DE COBERTURA EN LA PÓLIZA POR TRATARSE DE HECHOS OCURRIDOS ANTES DE INICIAR LA VIGENCIA TECNICA.

La vinculación de Allianz Seguros S.A. al proceso de la referencia, se fundamentó en dos pólizas de MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES, siendo una la prorroga o continuación de la otra por lo que solo era procedente su vinculación con una de ellas, no con las dos, las cuales se individualizan así:

- La No. 000705407955 desde 2015/01/01 hasta 2015/12/31 y,
- La No. 000706237137 con vigencia desde 2016/01/01 hasta 2016/12/31.

Habiéndose pactado en cada una de ellas que su modalidad de cobertura es la ocurrencia, es decir que se cubren los siniestros ocurridos durante su vigencia, pues nada se dijo respecto que su cobertura sería por ejemplo por descubrimiento en los términos del artículo 4 de la Ley 389 de 1997¹, pues esta modalidad requiere pacto expreso, debiéndose por tanto darse aplicación a lo establecido en el art. 1057 del Co. de Co., que establece que los riesgos para el asegurador empiezan a correr desde el día en que se perfeccione el contrato y hacia futuro, pues se insiste ninguna cobertura retroactiva se pactó en las pólizas mencionadas.

Ahora bien, veamos qué es un siniestro en la póliza, aclarando que cualquier evento no comporta las características de éste, pues el mismo corresponde con una definición legal que no está sometida a interpretación diferente a la ha dado el legislador quien no distinguió por lo que no le es permitido al interprete distinguir:

ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

Como se puede observar, el siniestro para el seguro no es cualquier evento, sino que es aquél que corresponde con la materialización del riesgo asegurado, estando éste supeditado a la obligación y condiciones del asegurador, que como elemento esencial de dicho contrato, implica que la obligación del asegurador sólo nace a la vida jurídica cuando el evento corresponde con el riesgo asegurado en la póliza.

De acuerdo con lo anterior, se puede observar lo que consideró la Contraloría como hecho que dio lugar a la responsabilidad fiscal de los investigados:

¹ ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.

“Revisando el nexo causal en el caso sub examine, el daño deviene desde la etapa precontractual, pues si lo que se requería era una obra nueva de dos pisos, así debió concebirse desde el comienzo y fue precisamente dentro de la gestión como ordenador del gasto del TC CALLE MORENO que se concibió el proyecto y se cambió el objeto contractual, pese a que formalmente no quedó estipulado.

Es menester aclararle al imputado que, para este despacho, el daño no se da por el recibo de una obra sin terminar, el daño es la obra en sí misma, la cual al no haber sido planeada incumple los requisitos de construcción sismo resistente y pone en riesgo a las personas que decidan habitarla.

Es así como se aprecia que la planeación es de imperioso cumplimiento, pues de ella depende el éxito o fracaso de la contratación. Para el presente caso la ausencia de planeación -como pilar de la actividad negocial-, demuestra que la decisión de habilitar -mantenimiento y adecuación de obra existente - y luego de cambiar el objeto contractual, no respondió a necesidades claras y objetivamente identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación.

Si bien en sus alegaciones el Teniente Coronel aduce que su intervención no es directa, ni relevante con desembolsos de dinero, supervisión, ejecución directa de obra y recibo de la misma, dado que no ostentaba el cargo de ordenador del gasto para esta fecha, esto es 6 de octubre de 2015; fue a partir de la etapa de planeación y celebración del contrato y posteriormente autorizando el cambio de actividades, donde sí estuvo presente y se encontraba habilitado para el manejo de los recursos públicos, que se materializó la construcción de una obra que no cumplió la finalidad.

Se debe advertir que, de acuerdo a los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, la obra debía corresponder al «mantenimiento de una construcción existente» y no a la construcción de una obra nueva, como en realidad ocurrió.

(...)

La planeación es un concepto incorporado al derecho, a través de las nociones de planeación y planificación como uno de los principales elementos técnicos planteados en la Ley 80 de 1993 y que fueron traídos de las ciencias de la administración y de la ingeniería industrial. En materia del contrato estatal de obra, es la realización en tiempo de la obra pública, acorde con lo pactado y en términos de presupuesto.

«La preocupación por la planeación obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras que son de prioridad social y no exclusivamente de orden suntuario, respecto a otras

de uso restringido, que impliquen inversión no democrática o parcializada; es parte del concepto de modernización y eficiencia del Estado. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta»”

Como se puede observar en los apartes transcritos y en todo el texto del fallo con responsabilidad que se impugna, para el cuerpo colegiado la génesis del evento se da con la planeación y suscripción del contrato de Mantenimiento y Adecuación No. 078-BASPC08-2014 ocurrida esta ultima **el 24 de diciembre de 2014**, fecha para la cual no había iniciado la vigencia de ninguna de las pólizas de Manejo a Favor de Entidades Oficiales que había emitido QBE SEGUROS S.A., razón por la cual sin asomo de dudas se puede concluir que no existe cobertura para este evento.

No obstante a resultar absolutamente claro que los hechos que motivaron el proceso de responsabilidad fiscal ocurrieron antes del inicio de la vigencia técnica del contrato de seguro, que por lo tanto son ajenos a la definición de riesgo por no ser inciertos y a la definición de siniestro, e independientemente que se hayan materializado cuando ya las pólizas si estaban vigentes por cuanto es su génesis la que le interesa al contrato de seguro, la Contraloría respecto de los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso sobre la ausencia de cobertura se limitaron a despachar desfavorablemente dicho argumento indicando tan solo lo siguiente:

“En cuanto a la ausencia de cobertura por tratarse de hechos ocurridos por fuera de la vigencia de las pólizas, ya que el proceso de selección y contratación de RIMARCO se llevó a cabo en el 2014 y para esta fecha las pólizas no habían iniciado la cobertura (2015/01/01 al 2016/12/31), el despacho precisa que si bien el daño se gestó en la etapa de planeación concretada efectivamente a finales del año 2014. también lo fue durante la ejecución del contrato donde se configuró y materializó el mencionado detrimento período en el cual sí tenían vigencias las citadas pólizas cuyos ampaes recordemos operan por ocurrencia y dentro de este período también tuvo una participación determinante el TC CALLE MORENO.

Si bien este cuerpo colegiado estableció como fecha de ocurrencia de los hechos, para efectos de contabilizar la caducidad de la acción fiscal, la fecha 6 de octubre de 2015 en la que se suscribió el acta de recibo de la obra, no significa que el siniestro se halla materializado en esta data. pues se itera se trata de un acto complejo en el que se presenta la conjugación e intervención de diferentes sujetos en diferentes etapas (planeación y ejecución) las cuales en suma ocasionaron las irregularidades aquí investigadas”.

De la lectura anterior se echan de menos los argumentos jurídicos y jurisprudenciales que llevan al cuerpo colegiado, contrario a las normas que regulan el contrato de seguros ya mencionadas, a definir de forma diferente lo que es un siniestro para la póliza, así como de forma absolutamente subjetiva y basada en opiniones personales de quien proyecta el fallo, a decir que el siniestro es

un acto complejo lo cual es contrario a las apreciaciones realizadas a lo largo del fallo de responsabilidad, donde lo que se reprocha es la planeación, claramente un contrato o acto mal planeado no va a tener resultados favorables o deseados, es claro, y pensar lo contrario indicaría que el fallo es absolutamente incongruente, que es la mala planeación o la ausencia de ella lo que conlleva a los resultados que hoy se reprochan, por lo que al ser dicha actuación y la consecuente suscripción del contrato de mantenimiento el 24 de diciembre de 2014, fecha anterior a la vigencia de las pólizas, el hecho generador del daño, la conclusión obligada y congruente es que las pólizas no tienen cobertura.

Con todo respecto del cuerpo colegiado, debe insistirse en que no le es dable a su arbitrio definir que es un siniestro para el contrato de seguro, ni tampoco la forma en la que se cubren los riesgos, pues si alguna duda tenía al respecto debió haberse remitido a la normas que lo regulan (art. 1036 y siguiente del Código de Comercio) y al texto contractual, ya que ningún análisis sobre los art. 1072, 1073 y 1054 se realiza en el fallo, lo que nos lleva a considerar que no se realizó un análisis jurídico de la normativa aplicable.

- NO SE DEMOSTRÓ LA REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LAS PÓLIZAS 000705407955 y 000706237137 Y POR TANTO, NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Respecto al llamamiento en garantía se debe destacar como primera medida, que la responsabilidad de mi prohijada solo puede verse comprometida ante el cumplimiento de la condición pactada, de la que pende el surgimiento de la obligación condicional, esto es la realización del riesgo asegurado.

Es decir que la responsabilidad de mi representada está supeditada al contenido de la póliza, sus diversas condiciones, al ámbito de amparo, a la definición contractual de su alcance o extensión, a los límites asegurados para cada riesgo tomado, a los riesgos asumidos por la convocada, a los valores asegurados para cada amparo, al deducible pactado etc., luego son esas condiciones las que enmarcan la obligación condicional que contrae el asegurador y por eso el juzgador debe sujetar el pronunciamiento respecto de la relación sustancial que sirve de base para el llamamiento en garantía, al contenido del contexto de la correspondiente póliza.

Ahora en el caso particular se observa que dicha condición nunca se cumplió, toda vez que la responsabilidad de la aseguradora está delimitada estrictamente por el amparo que otorgó al Distrito Especial de Santiago de Cali, tal y como se estipuló en el contrato de seguro que enmarca la eventual obligación de mi representada y considerando que la responsabilidad del ente convocante no se estructuró por no existir falla alguna de su parte o del personal a su servicio que haya originado algún perjuicio a los demandantes, los hechos y pretensiones de la demanda carecen de cobertura bajo la póliza de seguro utilizada como fundamento del llamamiento en garantía, pues no se cumplió la condición a la que está sometida la obligación de la aseguradora, esto es, que se realice el riesgo asegurado en los términos de la póliza.

Luego al no realizarse el riesgo asegurado, o no existir amparo para el evento, el juzgador debe exonerar a mi representada de toda obligación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, Sentencia del 2 de mayo de 2000. Ref. Expediente: 6291. M.P: Jorge Santos Ballesteros; indicó lo siguiente:

“Son la columna vertebral de la relación asegurativa y junto con las condiciones o cláusulas particulares del contrato de seguros conforman el contenido de este negocio jurídico, o sea el conjunto de disposiciones que integran y regulan la relación. Esas cláusulas generales, como su propio nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos los contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aún por los aseguradores del mismo mercado y están destinadas a delimitar de una parte la extensión del riesgo asumido por el asegurador de tal modo que guarde la debida equivalencia con la tarifa aplicable al respectivo seguro, definir la oportunidad y modo de ejercicio de los derechos y observancia de las obligaciones o cargas que de él dimanen.”

Por lo tanto, son estas las manifestaciones las que enmarcan las condiciones que regulan las obligaciones del asegurador, por lo que el juzgador debe ceñirse a lo expresamente enunciado en el condicionado del contrato de seguro.

Vale la pena recordar al respecto, que el contrato de seguro contiene una obligación condicional a cargo del asegurador, (la de indemnizar), una vez ha ocurrido el riesgo que se ha asegurado (Arts. 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). Por ello, el nacimiento de la indemnización pende, exclusivamente, de la realización del siniestro contractualmente asegurado, por lo cual, no cualquier acto o hecho tiene la propiedad de ser un acto asegurado, sino únicamente tienen esta característica aquellos actos y hechos que son expresamente pactados en la póliza del contrato de seguro.

De esta manera, el hecho de haberse pactado en las pólizas de seguro concretamente en las condiciones generales, algunas exclusiones de amparo, ellas deben considerarse al proferirse la respectiva sentencia, pues de presentarse o configurarse una de ellas se releva a la compañía de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización.

1. EN TODO CASO, LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA SE DEBE CEÑIR AL PORCENTAJE PACTADO EN EL COASEGURO.

Sin perjuicio de los argumentos arriba expuestos, debe manifestarse al Despacho, que solo si en gracia de discusión, si hipotéticamente naciera obligación de mi procurada, la misma deberá estar sujeta a todas y cada una de las condiciones estipuladas en las Pólizas que se discuten. Puntualmente, ruego tener presente que dichos contratos fueron suscritos en coaseguro por Allianz Seguros S.A., Axa Colpatria Seguros S.A. (Antes Compañía de Seguros Colpatria), y

Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros y QBE Seguros S.A. cuya distribución corresponde a la siguiente:

Compañía Aseguradora	Porcentaje
Allianz Seguros S.A.	22.49%
Compañía de Seguros Colpatria	22.49%
Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.	11.9%
LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS	21.5%
QBE SEGUROS S.A.	21.5%

En consideración de lo expuesto, la eventual condena que llegará a proferirse en contra del extremo pasivo, deberá sujetarse, con relación a mi representada, a la participación que ella tiene en virtud del coaseguro, es decir, al treinta y cuatro por ciento (11.9%).

Lo anterior encuentra sustento en lo preceptuado por el artículo 1092 del Código de Comercio, que reza en su tenor literal: “**ARTÍCULO 1092. INDEMNIZACIÓN EN CASO DE COEXISTENCIA DE SEGUROS.** *En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad*”.

En concordancia, el artículo 1095 del mismo Estatuto expresa: “**ARTÍCULO 1095. COASEGURO.** *Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro*”.

En virtud de lo expuesto, no existe solidaridad entre las demás Compañías Aseguradoras y mi representada, consecuencia de lo cual, como se explicó, su obligación indemnizatoria corresponde exclusivamente al porcentaje indicado, sin perjuicio del deducible pactado, arriba referido.

2. MARCO DE LOS AMPAROS OTORGADOS, LÍMITE MÁXIMO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA.

Sin perjuicio de lo anterior, y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar al Despacho, que bajo la hipótesis en que naciera obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., la misma se sujetará a lo consignado al tenor literal de la póliza, y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el Código de Comercio en su artículo 1079, ha previsto: “*El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)*”; siendo, así las cosas, en el improbable caso de proferirse una condena a mi procurada, ésta se verá condicionada al tope máximo pactado en el clausulado particular de la póliza llamada a fectarse.

PRUEBAS

1. Pido que se tengan como pruebas documentales las aportadas por la coaseguradora líder QBE SEGUROS S.A.

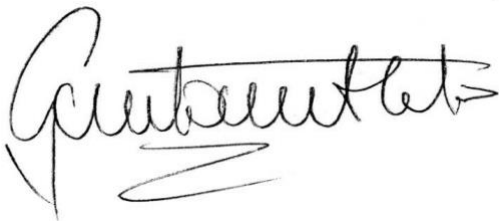
ANEXOS

1. Certificado de existencia y representación legal de Allianz Seguros S.A., donde consta inscrito el poder general que me otorga facultades de representación judicial.

NOTIFICACIONES

La suscrita en la Avenida 6A Bis No 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA

C.C. No.19.395.114 de Bogotá

T. P. No. 39.116 del C.S. J.

