

Señores

**CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL No. 01**

Atn. Dr. Javier Efrain Navarro Polo

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

E. S. D.

**TIPO DE PROCESO:** ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL  
**RADICADO:** URFR-PRF-004-2019  
**ENTIDAD AFECTADA:** MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN  
**PRESUNTOS** ALVARO DE JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ Y OTROS  
**RESPONSABLES:**  
**TERCEROS VINCULADOS:** SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Y OTROS

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, sociedad legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Medellín (Antioquia), identificada con NIT No. 890.903.407-9, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, mediante el presente escrito procedo a presentar **ARGUMENTOS DE DEFENSA FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN No. 1559 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2023**, por medio del cual se mantuvo la vinculación como tercero civilmente responsable de mi representada, en virtud del Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0 y el Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de condena que pretenda endilgársele y, consecuentemente, se proceda a resolver su desvinculación, conforme con los argumentos que se exponen a continuación:

**I. OPORTUNIDAD**

El presente escrito se presenta dentro del término previsto en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, esto es, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación personal del auto de imputación, atendiendo a que el mismo fue notificado a mi representada y al suscrito el día 18 de enero de 2024. Así las cosas, el término anteriormente referenciado transcurrió entre los días 19 de enero de 2024 y el 1 de febrero de 2024, por lo que el escrito se radica en oportunidad.

**II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

- **Objeto de la Investigación Fiscal**

El presente proceso de responsabilidad fiscal tuvo como origen la auditoría realizada por el Grupo de Vigilancia Fiscal del Grupo de Regalías de la CGR en el año 2018, sobre los recursos del Sistema General de Regalías del Departamento de Putumayo para las vigencias 2011 al 2017. En el informe de auditoría, se presentó un hallazgo relacionado con el contrato de obra pública No. 056 de 2011 suscrito entre el MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN y la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS, cuyo objeto fue la “CONSTRUCCIÓN MACRO ACUEDUCTO VERDAL VILLAGARZÓN – LA JOYA DEL MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN, DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO”. De acuerdo con lo evidenciado por el ente de control fiscal, se constató que los estudios iniciales del proyecto fueron modificados en la estructura de la bocatoma, dado que esta no fue construida sobre el río El Pepino, sino sobre la quebrada El Dorado.

Asimismo, se observó que la estructura de la bocatoma no atendió los estudios previos, en la medida que se planteó con un dique y rejilla de fondo, sin embargo, se realizó con un dique y captación lateral que afecta la presión y caudal captado. De otra parte, se realizaron modificaciones al trazado de la red, por cuanto se incluyeron 3 veredas adicionales sin diseño hidráulico. Adicionalmente, sólo se construyeron 9 de los 20 tanques de almacenamiento contemplados y, del mismo modo, no hay evidencia de la operación de la planta, tanto así que existe un total abandono de las estructuras y las mismas no están prestando ningún tipo de utilidad a la comunidad.

En virtud de lo anterior, mediante auto No. 0516 del 24 de mayo de 2019, se ordenó la apertura del proceso de responsabilidad fiscal UFR-PRF-044-2019 vinculando como presuntos responsables a ALVARO DE JESUS RODRIGUEZ DIAZ, HENRY JAVIER FRANCO MELO, VICTOR HUGO ROMO, MIEMBROS DE LA UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS y MIEMBROS DEL CONSORCIO INTERCIVILES. De igual manera, se vinculó como tercero civilmente responsables a SEGUROS DEL ESTADO, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA y a mi representada.

- **Vinculación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en calidad de tercero civilmente responsable:**

Como se anticipó previamente, la vinculación de mi prohijada se efectuó con fundamento en el Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0 y el Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7 que amparaban la ejecución del contrato de obra pública No. 056 de 2011 cuyo objeto fue la “CONSTRUCCIÓN MACRO ACUEDUCTO VERDAL VILLAGARZÓN – LA JOYA DEL MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN, DEPARTAMENTO DEL PUTUMAYO”, el cual fue suscrito entre el MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN y la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS con un valor total de \$12.137.584.273,09.

Atendiendo las condiciones generales y particulares de las pólizas, desde ya se advierte la falta de cobertura de los contratos de seguro vinculados al presente proceso de responsabilidad fiscal, comoquiera que, en primer lugar, los contratistas no tienen la calidad de gestores fiscales y, bajo esta óptica, teniendo en cuenta que las pólizas fueron tomadas por la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS, es inviable pretender su declaratoria de responsabilidad fiscal y, consecuentemente, la afectación de la póliza. A su turno, debe advertirse que no se realizó el riesgo asegurado porque las obras objeto del contrato fueron recibidas por el ente territorial mediante acta de recibo final del 29 de diciembre de 2014 y, por lo anterior, el contratista cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales. Por último, las pólizas tampoco prestarían cobertura en la medida que en el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, pues los hechos tuvieron ocurrencia hasta el 29 de diciembre de 2014 e, igualmente, la póliza de cumplimiento tuvo vigencia hasta el 19 de diciembre de 2016, sin embargo, aun no se ha afectado el contrato de seguro con la declaratoria de responsabilidad fiscal y, por ende, han transcurrido más de los cinco años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Antes de esgrimir las razones que soportan tales hipótesis, es necesario hacer referencia a los elementos de la responsabilidad fiscal, con el fin de determinar si estos se configuran o no en el caso concreto con respecto a los servidores públicos imputados.

### **III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

Para comenzar, basta con recordar que la responsabilidad fiscal se configura luego de que en el debate probatorio surtido dentro del proceso administrativo, queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer:

*“ARTICULO 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.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente No. 2108483, C.P. Doctor Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

*“Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características: (i) Un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación. (ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.”*

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrada, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal y, por supuesto, el nexo de causalidad.

#### **A. NO SE ACREDITÓ QUE LA UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS, EN CALIDAD DE CONTRATISTA, ADMINISTRÓ O MANEJÓ RECURSOS PÚBLICOS – NO ES GESTOR FISCAL**

En el fallo objeto de discusión, el ente de control fiscal arguyó que la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS fue gestor fiscal, en la medida que: *“(...) omitió el deber contractual de desplegar acciones oportunas y efectivas tendientes a procurar que las obras contratadas y que en su conjunto son un sistema puedan funcionar debidamente e ininterrumpidamente, a pesar de que la administración municipal pagara al contratista los valores pactados por estas obras, lo que redujo en una pérdida de los recursos y consecuentemente en la falta de satisfacción de una necesidad (...)*” Sin embargo, desconoció que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien los contratistas pueden ser gestores fiscales, **lo son únicamente cuando se les otorgan facultades de manejo o administración del erario público**, requisito que no fue probado por el ente de control fiscal, de modo tal que no se cumplieron los elementos de la responsabilidad fiscal frente al contratista, considerando que éste no es gestor fiscal.

De tal manera, es importante aclarar que, si bien el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 señala que los particulares pueden ser gestores fiscales, para atribuirles responsabilidad fiscal es imprescindible que estos manejen o administren recursos públicos. A partir de tal premisa, el Consejo de Estado ha indicado que los contratistas son gestores fiscales y, por tanto, es posible imputarles responsabilidad fiscal, únicamente si en virtud del contrato estatal se les asignó obligaciones de administración y manejo de recursos públicos. Así se reconoció en sentencia con radicado No. 05001-23-31-000-2004-01667-01 del 12 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

*“De acuerdo con los apartes destacados de la cita jurisprudencial, se podría afirmar que la gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados, en el presente caso por la entidad contratante*

Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA , en los estrictos términos de la relación contractual cuestionada por el ente de control departamental, de manera tal que se está en presencia de un contrato estatal.

(...)

En todo caso, la Sala quiere advertir que con la anterior afirmación, no es que se esté desconociendo o poniendo en tela de juicio la vigilancia de la gestión fiscal que le correspondía adelantar a la Contraloría General de Antioquia, en vista de que se estaba ante una realidad incuestionable como lo era que por tratarse de un contrato estatal pagado por el IDEA con recursos públicos del Departamento, el ente de control debía cumplir su cometido constitucional y legal. **En el presente caso lo que se analiza es si la parte contratista, según las cláusulas contractuales, se comportó como “gestor fiscal”.**

(...)

De igual manera, se llama la atención en el sentido de que no es que se esté desconociendo la responsabilidad fiscal que le puede llegar a asistir a un particular; lo que se debe destacar es que no se pueden hacer juicios generalizados como lo hizo la apelante, **en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal -que per se debe involucrar la ejecución de recursos públicos de lo contrario no tendría esta condición-, por este sólo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad.**

Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, **se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal.**

Siendo ello así, no es compartido el argumento de la apelación según el cual, en virtud de los planteamientos sentados en la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, mediante la cual la Corte Constitucional afirmó que para el control fiscal no se tiene en cuenta el régimen que asuma las entidades que manejen recursos estatales bien sean de naturaleza pública o privada, pues al estar involucrados recursos públicos – interpretó el apelante- lo que interesa es la vigilancia fiscal por parte del ente de control, afirmación que no es desconocida por la Sala.

Lo anterior, por cuanto ésta no puede ser una afirmación absoluta, ya que la responsabilidad fiscal tiene como requisito sine qua non, el ejercicio de una conducta que causó un daño al patrimonio Estatal producto de la gestión fiscal, que como se ha advertido, **para que le pueda ser imputada a un particular, debe tener bajo su órbita de desempeño, la administración o manejo sobre los recursos públicos que le hayan sido entregados, de lo contrario no procede.**

(...)

*La anterior afirmación no es compartida por la Sala, motivo por el que desde ya se anuncia la confirmación del fallo impugnado, como quiera que lo que se observa es **que la Contraloría General de Antioquia se equivocó al afirmar en términos absolutos, que la responsabilidad fiscal se configura en todo contrato o proyecto por el hecho de que éste involucre recursos públicos, por cuanto se insiste lo que en el caso en estudio se debió verificar previamente fue si la contratista ejerció o no gestión fiscal.** Igualmente se observa que la demandada, confundió el incumplimiento de los contratos en que según la documental aportada incurrió la actora, con el hecho de que producto de dicha contratación, la actora hubiera realizado gestión fiscal para haberle imputado en su contra fallo con responsabilidad fiscal, cuando lo cierto es que se trata de dos supuestos de hecho completamente distintos”.*

Como se observa, los contratistas son gestores fiscales únicamente si se acredita que, dentro de sus obligaciones contractuales, se encontraba la gestión o administración de los recursos públicos, por lo que no puede concluirse *per se* que, por el hecho de celebrar un contrato estatal, está inmiscuida la administración o manejo de recursos públicos. Tal y como lo señaló el Consejo de Estado en el fallo citado, la Contraloría no podía asumir que, por el simple hecho de que el particular fue contratista del Estado, este manejó o administró recursos públicos, por el contrario, debió acreditar que en el marco del contrato se obligó a manejar o administrar el erario público, situación que no ocurrió.

Así pues, se evidencia que el ente de control fiscal incurrió en el error cuestionado por el Consejo de Estado en la sentencia señalada, al asumir que la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS es gestor fiscal por el mero hecho de ser contratista del Estado, pues -se reitera- debió indicar en cuáles de las obligaciones contractuales a las que se comprometió el contratista se le confió el manejo o la administración de recursos públicos, sin embargo, no cumplió con dicha carga probatoria.

En este sentido, antes de arribar a dicha conclusión, la Contraloría debió verificar las obligaciones pactadas en el contrato estatal y examinar si hubo alguna relacionada con el manejo y administración de recursos públicos y, al no haberlo realizado, no cumplió con la carga de acreditar todos los elementos de la responsabilidad fiscal, dentro de los que se incluye la calidad de gestor fiscal del contratista vinculado. Sobre el particular, es de recordar que la carga probatoria está en cabeza de el ente de control fiscal al tratarse de un proceso sancionatorio, de modo tal que sobre la contraloría recae la carga de acreditar todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, entre ellos, la calidad de gestor fiscal del vinculado y, al no haberlo hecho en el caso concreto, es evidente la imposibilidad de mantener la declaratoria como responsable fiscal del contratista.

En el caso concreto, es claro que el contratista debía ejecutar el objeto contractual por su cuenta y riesgo, utilizando recursos propios, lo que hace evidente que no tenía obligaciones relacionadas con el manejo y administración de recursos públicos. Por tal razón, no cumple los presupuestos para considerarse gestor fiscal y, en esta medida, era imposible endilgarle responsabilidad fiscal, de modo tal que la Contraloría deberá desvincularlo y, por contera, a mi representada.

## **B. SOBRE EL DAÑO PATRIMONIAL – NO EXISTIÓ DAÑO PATRIMONIAL, NI SE TUVO EN CUENTA LA OBRA EJECUTADA**

En el presente asunto, es clara la inexistencia de daño patrimonial comoquiera que la obra fue recibida por la entidad pública mediante acta de recibo final del 29 de diciembre de 2014, por lo que las actividades contractuales se ejecutaron a cabalidad y la obra fue puesta en ejecución, tal y como fue previsto en el respectivo contrato. Ahora, si bien hubo modificaciones estructurales a los diseños iniciales, esto se debió a que durante la ejecución de la obra se presentaron eventos naturales que requerían un ajuste a los diseños y dichas modificaciones fueron avaladas por la interventoría y supervisión. De tal modo, al finalizar la ejecución del contrato, se entregó la obra en su totalidad con las modificaciones avaladas por la entidad contratante y la interventoría, de manera que no hubo ningún daño al erario público y, consecuentemente, el desuso, el desgaste natural y los eventos naturales posteriores a la entrega de la estructura pluvial no podría imputarse a actuaciones del contratista. En todo caso, el ente de control fiscal debió calcular el daño patrimonial con fundamento en las modificaciones estructurales que, a su criterio, no debieron realizarse, sin desconocer que el contratista realizó todas las actividades a las que se comprometió, al punto que se recibió la totalidad de la obra mediante el acta ya mencionada.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del mencionado fallo es el siguiente:

*“b. La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de quienes están a cargo de la gestión fiscal, pero es, también, patrimonial, porque se orienta a obtener el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.*

*c. Como consecuencia de lo anterior, **la responsabilidad fiscal** no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza **es meramente reparatoria**. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma,*

*distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.*

*Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública”, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).<sup>1</sup>*

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en los mismos términos, al establecer que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, definitivamente debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. No obstante, no cualquier tipo de daño es susceptible de ser resarcido en un proceso fiscal, sino solo aquél que se encuentre debidamente acreditado, y que además, se predique respecto de una entidad u organismo estatal en concreto. Lo previamente explicado fue analizado tal y como se expone a continuación:

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.<sup>2</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente.

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.

Como quedó explicado, el proceso administrativo de responsabilidad fiscal tiene naturaleza resarcitoria, más no un carácter sancionatorio, lo que lleva a concluir como se ha reiterado uniformemente en la jurisprudencia que el valor del detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal es el límite a exigir<sup>3</sup> en este tipo de proceso.

Ahora bien, corresponde al ente de control acreditar la existencia de daño patrimonial en el presente asunto, acreditando que se realizaron pagos al contratista por obras no ejecutadas o entregadas. Sin embargo, como se anticipó al inicio del presente escrito, la obra fue ejecutada en su totalidad, tal y como se desprende del acta de recibo final del 29 de diciembre de 2014, en donde se indicó:

VALOR NETO A PAGAR PRESENTE ACTA FINAL	210.120.598,12
<b>PAGOS REALIZADOS AL CONTRATISTA</b>	
VALOR ANTICIPO	6.068.792.136,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 1	911.629.833,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 2	997.562.090,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 3	1.409.975.988,01
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 4	1.036.326.998,28
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 5	473.271.109,24
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 6	553.899.231,10
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 7	476.006.268,06
VALOR PAGADO ACTA FINAL	210.120.597,93
<b>TOTAL PAGADO</b>	<b>12.137.584.251,62</b>
<b>VALOR EJECUTADO ACUMULADO</b>	<b>12.137.584.252,02</b>
AJUSTES POR APROXIMACIONES EN LAS MULTIPLICACIONES	0,04
VALOR POR EJECUTAR	21,11

Como se observa, la obra fue efectivamente recibida por la entidad estatal y de ello se desprende el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, tal y como se desprende del numeral 4 del artículo 2060 del Código Civil, que señala:

**“ARTICULO 2060. <CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR PRECIO UNICO>**. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

**4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone”.**

Del mismo modo lo ha considerado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, en la que se ha reconocido el valor probatorio de las actas de recibo final de obra para acreditar el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones contractuales, lo cual no eximiría al contratista de defectos estructurales que se descubran posteriormente, sin embargo, no es el caso, pues ninguna de las observaciones realizadas por el ente de control fiscal corresponden a defectos de calidad o de

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-388 del 4 de junio de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

materiales, sino a modificaciones de los diseños iniciales que, como se advirtió, fueron aprobados por la interventoría y la supervisión. En este sentido, la Corporación<sup>4</sup> ha afirmado:

*“De acuerdo con la norma en cita, **el acta de recibo final de un contrato de obra da cuenta de la conformidad externa en relación al ajuste a lo requerido por las partes y a las reglas del arte**, sin que exima por ello de responsabilidad al contratista respecto del cumplimiento del contrato por existir inestabilidad en la obra, por vicios constructivos, por vicios de ejecución del personal empleado, vicios en los materiales (cuando no fuesen suministrados por la entidad contratante), entre otros.*

*Sobre el particular, el Consejo de Estado, ha señalado:*

*23. En relación con el acta de recibo final –sobre la cual versa el problema jurídico a resolver en el sub-lite-, la ley, como en el caso de las actas parciales, tampoco regula concretamente esta clase de elemento accidental del contrato, que se deja al libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Pero la doctrina se refiere a ellas al analizar el tema de la terminación de los contratos por cumplimiento del objeto contractual, caso en el cual, las partes suscriben un acta en la que conste la recepción provisional o definitiva de los bienes, servicios o trabajos realizados, por cuanto “Tanto la recepción provisional como definitiva deben instrumentalizarse con intervención del cocontratante, expidiéndose por los funcionarios responsables de aquellas los certificados correspondientes de recepción para su pago (...)”.*

*24. **Es decir que dicha acta de recibo final es concebida como un medio de verificación de la ejecución del objeto contractual, para determinar si el mismo se efectuó cabalmente y de acuerdo con las especificaciones pactadas en el contrato, lo que significa que dicha acta constituye un elemento anterior y útil para la liquidación de los contratos, puesto que a través de ella se constata cualitativa y cuantitativamente el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista** como paso previo para efectuar el respectivo corte de cuentas que implica la liquidación del contrato -aunque en algunas ocasiones, las partes de hecho liquidan el contrato en la que denominan acta de recibo final-*

*(...)*

*31. De acuerdo con la naturaleza y finalidad tanto del acta de recibo final de los contratos como de la liquidación de los mismos, es claro que existen diferencias entre una y otra, **pues al paso que la primera se refiere a la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista de cara a lo estipulado en el contrato, es decir la comprobación material de la ejecución del objeto contractual en los términos pactados**, la segunda corresponde a un corte de cuentas definitivo entre las partes con la finalidad de que las mismas se declaren a paz y salvo y que extingue de manera definitiva el vínculo contractual entre ellas.<sup>5</sup>”*

En virtud de lo anterior, es claro que el acta de recibo final refleja el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones contractuales y, de tal modo, al existir dicho documento en el caso concreto, es evidente que la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS cumplió con sus obligaciones

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 48794 del 4 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín.

<sup>5</sup> Sentencia de 28 de febrero de 2013, exp. 25000-23-26-000-2001-02118-01(25199). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

contractuales, por lo que el pago por dichas obligaciones no constituye en lo absoluto daño al erario público.

Incluso, en el informe técnico realizado por la ingeniera Nancy Trujillo Monje se afirmó que: “**La planta de tratamiento fue construida conforme a los Estudio y Diseños**; sin embargo, de la forma como se manifiesta por la falta de recursos no se construyó el filtro dinámico, lo que la hace totalmente inoperante”. Así pues, es claro que el contratista cumplió con sus obligaciones contractuales y entregó la obra conforme a los diseños iniciales, sin embargo, hubo modificaciones de estos en virtud del presupuesto destinado a la ejecución del objeto contractual, aun cuando se construyó la estructura y se entregó en su totalidad a a entidad territorial.

Por lo anterior, es evidente la ausencia de daño patrimonial en el caso concreto, toda vez que el dinero pagado al contratista correspondió a las obras efectivamente ejecutadas y, aun cuando hubo modificaciones al diseño inicial, estas se debieron a falta de presupuesto, cantidades mayores de obra y situaciones evidenciadas al momento de ejecutar las actividades contractuales, todas ellas debidamente aprobadas por la interventoría y la supervisión.

En gracia de discusión, si se llegara a acreditar la merma al erario público, salta a la vista la indeterminación y falta de certeza de daño patrimonial en el caso concreto, toda vez que el ente de control fiscal reconoció que se ejecutaron las obras y que las mismas fueron recibidas a satisfacción por la entidad contratante de manera que, de existir omisiones en la ejecución contractual, debieron reconocerse las obras ejecutadas por el contratista, pues es claro que se construyó la bocatoma, la infraestructura que la compone y las demás estructuras que hacían parte del objeto del Contrato de Obra Pública No. 056 de 2011. De tal modo, además de acreditar que se incumplieron obligaciones contractuales por parte del contratista, debe cuantificarse la obra actual y las presuntas omisiones relacionadas con el objeto contractual, para así determinar el daño patrimonial, de otro modo, se estaría desconociendo este primordial elemento de la responsabilidad fiscal.

Atendiendo los argumentos anteriormente expuestos, es clara la ausencia de daño patrimonial en el caso concreto y, aún más la certeza de dicha afectación al erario público, en la medida que las obras fueron recibidas a satisfacción por la entidad territorial y, en la misma forma, el daño patrimonial no podría ascender al valor total del contrato, considerando que el mismo ente de control fiscal reconoció la existencia de la infraestructura relacionada con el macroacueducto veredal del municipio de Vilagarzón, por lo que es necesario reconocer las obras efectivamente entregadas y calcular el daño patrimonial con fundamento en las presuntas omisiones del contratista, aun cuando dichas omisiones son inexistentes al acreditarse la ejecución total del contrato.

### **C. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS**

Sin perjuicio de los argumentos anteriormente expuestos que desvirtúan la responsabilidad fiscal en cabeza del contratista, comoquiera que este no es gestor fiscal y, adicionalmente, es clara la inexistencia de merma al erario público; tampoco se ha logrado acreditar el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal, esto es, la culpa grave o dolo del contratista, en atención a que este cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y, de otra parte, las modificaciones al diseño inicial fueron aprobadas por la interventoría y supervisión, siendo consecuencia de la insuficiencia del presupuesto destinado al contrato, situación totalmente ajena al contratista de obra.

Antes de presentar los argumentos que desvirtúan el elemento subjetivo en cabeza del contratista, es necesario ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento subjetivo no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

*"6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."*

*6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente*

para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

**6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición.** Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

"El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un

tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**<sup>6</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque en el dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

Una vez aclarado lo anterior, es necesario determinar si la conducta del contratista UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se debe iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandato del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

En este orden de ideas, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave de la siguiente forma:

*“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original) .

Frente al particular, la Corte Suprema de justicia definió el concepto de culpa grave tal y como se evidencia a continuación:

*“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más***

<sup>6</sup> Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

comunes' (Mosset Iturraspe J., *Responsabilidad por daños*, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., *Derecho de Seguros*, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).<sup>7</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas más descuidadas. Ahora, en lo que respecta al dolo, nuevamente se debe abordar el ya analizado artículo 63 del C.C., el cual explica:

*"ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. **El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**".* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Frente al particular, La Corte Suprema de justicia definió el concepto de dolo tal y como se evidencia a continuación:

*"[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa** (...)"* (subrayado y negrilla fuera del texto original)<sup>8</sup>.

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal al contratista, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público.

Al analizar el auto de imputación, llama la atención que, para el ente de control fiscal, el contratista actuó con culpa grave al no haber efectuado el objeto contractual conforme al proyecto viabilizado y aprobado, tanto así que el sistema no ha podido funcionar debida e ininterrumpidamente. No obstante, está desconociendo que el contrato fue modificado durante la ejecución contractual, ajustándose a las mayores cantidades de obra y la insuficiencia del presupuesto destinado al proyecto, modificaciones que fueron efectivamente avaladas por la entidad contratante y la interventoría.

Antes de hacer referencia a dichas situaciones, es menester aclarar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han reconocido que los contratos estatales pueden

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

ser modificados para lograr su finalidad y en aras de alcanzar los fines del Estado. En estos términos, se ha dicho:

*“La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) **en el marco de los cuales, por esa misma razón, es difícil prever ex ante los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo.** En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o **simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico.** En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso”<sup>9</sup>.*

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado señaló:

*“Así, frente a circunstancias excepcionales la Administración podría usar su poder de modificación unilateral o realizar las modificaciones de mutuo acuerdo, con el cumplimiento de los requisitos de ley. Se trataría de la excepción a la regla general de intangibilidad del contrato. La doctrina y algunos pronunciamientos de la Sección Tercera del Consejo de Estado aportan los elementos necesarios que permiten orientar a la Administración sobre esta vía excepcional y sus requisitos:*

*- No podría aceptarse un poder ilimitado o absoluto de modificación, aun frente a circunstancias excepcionales. Por ello la modificación no podrá afectar el núcleo esencial del objeto, o la naturaleza global del contrato. Con independencia de las razones y circunstancias imprevisibles que puedan presentarse, no es posible que el contrato mute o se transforme en un contrato sustancialmente distinto. Si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios pactados por otros diferentes, o se modifica el tipo de contratación, o el núcleo esencial del objeto, se presentaría una novación del negocio jurídico y su objeto.*

*(...)*

*- **Las causas que justificarían la modificación del contrato deben obedecer al acaecimiento de situaciones o circunstancias imposibles de prever, con una diligencia debida, que hagan imperiosa o necesaria la modificación de algunas estipulaciones del contrato, como única manera de conjurarlas.** Debe tratarse de la existencia de circunstancias surgidas de un riesgo imprevisible, no necesariamente de una situación no prevista, que pueda razonablemente considerarse en un futuro mediato o que*

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 del 25 de abril de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelet Chaljub.

*debieron ser previstas en la etapa de planeación del contrato. **Ello supone la existencia de circunstancias posteriores, externas a las partes y no agravadas por su acción u omisión, puestas de manifiesto o imposibles de advertir en la etapa precontractual, que, además, muestren la imposibilidad de cumplir lo pactado inicialmente, o su falta de idoneidad. Estas circunstancias pueden obedecer a razones de tipo geológico, medioambiental o de otra índole, que no pudieron ser razonablemente previstas.***

(...)

*-La existencia de una necesidad de servicio público que justifique la modificación, hasta el punto de conjurar la nueva necesidad. La acreditación de estas circunstancias estará a cargo de la entidad estatal, justificada en los estudios previos y en la debida motivación del contrato modificatorio -El cumplimiento del límite cuantitativo consagrado en la ley para los contratos adicionales. [...] -Debe tratarse de prestaciones necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial, que no permitan su uso o aprovechamiento independiente La modificación de las condiciones de la prestación o del contrato debe presuponer que no pueda ser materia de un nuevo proceso de selección, o de su contratación con un tercero, en razón a que, por su naturaleza, resulte inseparable técnica o económicamente de la prestación pactada en el contrato inicial”<sup>10</sup>.*

Una vez aclarado lo anterior, debe precisarse que hubo situaciones imprevisibles durante la ejecución de la obra que dieron lugar a modificaciones contractuales, por demás, aprobadas tanto por la entidad contratante como por la interventoría, de modo tal que dichas modificaciones se acoplaron a fin que se perseguía con la contratación. Concretamente, la estructura de la bocatoma se modificó, dejando el dique y la captación lateral, aun cuando el diseño inicial era de fondo. Lo anterior, por cuanto hubo eventos naturales que requirieron realizar un ajuste a los diseños con el fin de que, en épocas de estiaje, se garantice la captación. Incluso, hubo eventos naturales ocurridos luego de entregada la obra, lo que hace evidente que los presuntos daños estructurales son atribuibles a dichas situaciones imprevisibles.

A su vez, hubo modificaciones de cantidades de obra con relación a la tubería de aducción y conducción, sin embargo, contrario a lo manifestado por el ente de control fiscal, dichos ajustes fueron justificados técnicamente y se debió a la variación del presupuesto inicial, además de las mayores cantidades de obra. Adicionalmente, las modificaciones fueron consultadas por el diseñador UT BACER, quien avaló los cambios de línea, presiones disponibles y modelación hidráulica, de manera que todas las modificaciones tuvieron justificación técnica y fueron consecuencia de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución del contrato.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto 2263 del 17 de marzo del 2016.

Lo mismo habría que decir respecto a la adición de tres (3) veredas al proyecto, pues para lograrlo se modificó el diseño hidráulico y ello tuvo una justificación técnica, esto es, todas las modificaciones contractuales fueron consultadas y avaladas por expertos técnicos.

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia anteriormente señalada, es evidente que las modificaciones contractuales fueron consecuencia de situaciones imprevisibles que sólo se advirtieron al momento de ejecutar el contrato, tal y como lo reconoció la Ingeniera Nancy Trujillo Monje en su informe al afirmar:

*“Según documentos técnicos se evidenció la falta de planeación y **situaciones técnicas en el terreno generaron la necesidad de realizar mayores y menores cantidades de obra**, estando pendiente ejecutar la fase final del proyecto para que el sistema funcione en su totalidad según la concepción del diseño inicial. Fase que comprende la construcción de 10 tanques elevados, construcción del filtro dinámico de la planta de tratamiento y terminación de domiciliarias en las veredas donde no se construyeron los tanques”.*

De tal modo, el contratista cumplió a cabalidad con sus obligaciones contractuales y las respectivas modificaciones, tanto así que el 29 de diciembre de 2014 se suscribió el acta final de la obra, en donde se indicó:

VALOR NETO A PAGAR PRESENTE ACTA FINAL	210.120.598,12
<b>PAGOS REALIZADOS AL CONTRATISTA</b>	
VALOR ANTICIPO	6.068.792.136,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 1	911.629.833,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 2	997.562.090,00
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 3	1.409.975.988,01
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 4	1.036.326.998,28
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 5	473.271.109,24
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 6	553.899.231,10
VALOR PAGADO ACTA PARCIAL N° 7	476.006.268,06
VALOR PAGADO ACTA FINAL	210.120.597,93
<b>TOTAL PAGADO</b>	<b>12.137.584.251,62</b>
<b>VALOR EJECUTADO ACUMULADO</b>	<b>12.137.584.252,02</b>
AJUSTES POR APROXIMACIONES EN LAS MULTIPLICACIONES	0,04
VALOR POR EJECUTAR	21,11

Así pues, no puede predicarse culpa grave o dolo por parte del contratista, teniendo en cuenta que este cumplió con la totalidad de las obligaciones contractuales a las que se comprometió, ejecutando la totalidad del valor del contrato.

De otra parte, conviene aclarar que se han venido presentando situaciones externas, no imputables al contratista, que han afectado la funcionalidad de la estructura y que, evidentemente, no pueden desconocer la debida diligencia de la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS al momento de ejecutar la obra. Así las cosas, en el informe técnico relacionado en el auto de imputación, se reconocieron varias situaciones que ocurrieron con posterioridad a la entrega de la obra y que, en lo absoluto, pueden imputarse al contratista. De tal modo, se indicó que: i) la bocatoma colapsó por un evento natural, ii) la comunidad se ha conectado de manera

ilegal a la red hidráulica y iii) desde su fecha de entrega, la obra ha carecido de mantenimiento, operación y vigilancia.

Como se observa, las presuntas falencias en la obra son producto de la falta de vigilancia de la entidad contratante luego de su entrega, además de eventos naturales y acción de la comunidad posteriores a la finalización del contrato, de manera que ninguna de estas observaciones es atribuible al contratista.

De tal manera, no se puede predicar una conducta dolosa o gravemente culposa del contratista, toda vez que este ejecutó en su totalidad las obligaciones contractuales, tanto así que se suscribió el acta de entrega final de la obra y, con ella, la entidad contratante recibió a satisfacción el objeto contractual. De igual modo, tampoco existe una conducta de tal envergadura respecto a las modificaciones contractuales, pues estas fueron soportadas técnicamente y avaladas por interventoría y supervisión. En todo caso, el contratista cumplió con el diseño inicial y las respectivas modificaciones, por lo que no hay razones para endilgar culpa grave o dolo a la conducta desplegada por el contratista, toda vez que esta estuvo acorde con las obligaciones que le correspondían.

De otro lado y antes de concluir, vale la pena traer a colación la disposición contemplada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 que, respecto de la posibilidad, excepcional, de la presunción de culpa y dolo establece lo siguiente, lo cual confirma que en este caso no es aplicable tal presunción:

**“ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*

*Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.*

*Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:*

*a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*

*b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;*

*c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la*

*correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;*

*d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*

*e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales”.*

Frente a lo anterior ha de decirse que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal, dado que no se acreditó fehacientemente el incumplimiento de las obligaciones contractuales y, por tanto, no cabe ninguna de las presunciones antes descritas.

En este orden de ideas, resulta claro que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción disciplinaria impuesta al presunto responsable por los hechos materia de investigación, por ningún motivo, se hace presumible el elemento que aquí se estudia. Lo mismo ocurre con las causales que presuponen un actuar culposo, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa al contratista.

Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta de los implicados, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento, de suerte que no concurren los elementos *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados, por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir Fallo de Responsabilidad Fiscal en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

Lo mismo ha de decirse sobre el nexo de causalidad, pues al no existir culpa grave o dolo, menos aún habría relación de causa entre el actuar de los servidores públicos imputados y el presunto daño patrimonial.

#### **IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría General de la República debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación dentro del presente trámite, en el cual se ordenó mantener la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el operador jurídico no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

*“Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”*

Sobre el particular, se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, radicación No. 25000-23-24-000-2002-00907-01, al señalar:

*“El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza. **Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado**, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario **la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas**.”*  
*(Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En ese contexto, la vinculación del garante se encuentra circunscrita al riesgo amparado, pues de lo contrario, la norma ya mencionada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no cubiertos por ellas.

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

De este modo, en aquel documento se estableció que, antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de seguros correspondiente. Por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

*“(...) 2. Cuando se vinculan...-las aseguradoras- se deben observar las siguientes situaciones:*

*a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado**: Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto contratado, no hay lugar a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.*

*b) **Establecer las condiciones particulares pactadas en el contrato de seguro, tales como vigencia de la póliza, valor asegurado, nombre de los afianzados, existencia de un deducible**, etc., eso para conocer el alcance de la garantía, toda vez que de estas condiciones se desprenderá la viabilidad de la vinculación de la Compañía aseguradora al proceso.*

*c) **Examinar el fenómeno de la prescripción**, que si bien es cierto, por vía del art. 1081 del Código de Comercio, es de dos años la ordinaria y de cinco la extraordinaria (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

*“En aras de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría General de la República y como parte de la política de prevención del daño antijurídico que ha adoptado la entidad para el presente año, a continuación se resaltan algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos, relacionados con la mencionada vinculación de dichas compañías como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal:*

*• Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, **su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros**.*

*• **Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los***

**sinistros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.**

• De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación como garante de una compañía aseguradora se da, ya sea porque el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso se encuentra amparado por una póliza.

(...)

• Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubierto por las pólizas de seguros que potencialmente se afectarán y a partir de allí analizar las condiciones generales y particulares del contrato de seguros, la base o modalidad **(ocurrencia, descubrimiento, reclamación o "claims made", etc.)** de la cobertura del seguro que se pretende afectar y las demás condiciones del contrato, con miras a determinar tempranamente y con absoluta claridad cuál es la póliza llamada a responder (en virtud a la vigencia, el ramo de seguros, etc.).

• **Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.**

• El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación claims made), **así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas,** y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del proceso de responsabilidad fiscal. En caso de tratarse de la modalidad de seguros de ocurrencia, la póliza a ser afectada debe ser aquella que se encontraba vigente para el momento de acaecimiento del hecho que genere la pérdida del recurso público. Si la modalidad es por descubrimiento, la póliza afectada será la que se encontraba vigente a la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que origine la pérdida o solicitud de indemnización. Y si la modalidad del seguro es por reclamación o "claims made", deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora.

• El operador fiscal deberá verificar que no se realice una indebida acumulación de vigencias o de valores asegurados de las pólizas de seguros y en consecuencia la vinculación de la aseguradora se hará con sujeción a la respectiva modalidad prevista en el contrato de seguro.

• **El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se**

**determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.**

(...)

**Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.**<sup>11</sup> (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de las pólizas invocadas para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario público. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en las pólizas de seguro por las cuales vinculó a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., así:

#### **A. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE SEGURO – ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

Sin perjuicio de la totalidad de argumentos que se han venido esgrimiendo, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

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

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

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

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, es de suma importancia tomar en consideración que el Consejo de Estado, máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido completamente claro al establecer que la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro, esto es, la evidenciada en el artículo 1081 del C. Co, puede ser alegada, y debe ser reconocida, cuando se configure en los procesos por responsabilidad fiscal. En otras palabras, teniendo en cuenta que el garante en este tipo de procesos se vincula como tercero civilmente responsable, es completamente claro que puede alegar en su defensa la prescripción de las acciones derivadas de la relación aseguraticia, tal y como se explica en el siguiente pronunciamiento:

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

*en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”<sup>11</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Vale la pena mencionar, que no solamente el fallo previamente citado exige expresamente el reconocimiento por parte de la Contraloría de la prescripción de la acción derivada de contrato de seguro cuando haya lugar, sino que, además, existen una pluralidad de decisiones en el mismo sentido, como la que se expone a continuación:

*“...tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal...*

*(...)*

*Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.*

*...Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo.*

*...De suerte que la entidad de control tiene una caza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.*

***Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable...” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)<sup>12</sup>.***

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 250002324000200600428

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 18 de marzo de 2010.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato.** Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”<sup>13</sup>(Negrilla fuera del texto original).*

Así las cosas, el operador jurídico debió analizar la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a partir del hecho generador del daño que, conforme la misma Contraloría reconoce, fue el día en que se suscribió el acta final de obra, esto es, el 29 de diciembre de 2014. En ese entendido, al configurarse el presunto daño desde este momento, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro ya se configuró.

En gracia de discusión, si se tuviera en cuenta que el daño se materializó entre el 07 de enero de 2013 y el 25 de agosto de 2015, periodo de vigencia de la póliza de cumplimiento, también habría operado el fenómeno de la prescripción, pues desde dicha fecha hasta hoy han transcurrido más de los cinco (5) años de que trata el artículo 1474 de 2011.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se ha configurado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó a la SEGUROS

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

GENERALES SURAMERICANA S.A., a luzes de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, toda vez que la ocurrencia de los hechos materia de investigación fiscal del presente proceso acaecieron el 29 de diciembre de 2014, aun así, a la fecha, han transcurrido más de cinco (5) años sin que se haya ordenado afectar la póliza mediante el fallo con responsabilidad fiscal.

Conforme lo expuesto, se solicita al Honorable Juzgador Fiscal proceder con la desvinculación de mi prohijada y proferir fallo sin responsabilidad con el correspondiente cierre y archivo de las diligencias.

**B. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES NO. 0674726-0**

Como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, comoquiera que no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, en cabeza de los presuntos responsables. En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa de los funcionarios imputados.

De tal forma, considerando que el amparo básico del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 0674726-0 corresponde a: “ (...) *CUBRE A LA ENTIDAD ESTADAN CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO GARANTIZADO QUE SEAN IMPUTABLES AL CONTRATISTA (...)*”, siendo este el riesgo asegurado, debe anunciarse que el mismo no se configuró y, por lo tanto, tampoco la obligación condicional del asegurador, en la medida que no existen pruebas que acrediten el incumplimiento de obligación contractual alguna a cargo del contratista, de hecho, existe un acta de recibo final de la obra que constata el cumplimiento a cabalidad de todas las actividades a las que se obligó la UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRCIAS en virtud del contrato y sus modificaciones.

Así pues, como se dijo anteriormente, el acta de recibo final de obra es el documento mediante el cual se constata el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales a cargo del contratista, por lo que, al existir tal acta, es evidente que se cumplieron todas las obligaciones contractuales. Además de lo anterior, no se desconoció en ningún momento el diseño inicial de la obra y, por su parte, las modificaciones de aquel como consecuencia de situaciones imprevisibles, fueron debidamente avaladas técnica y jurídicamente. De esta manera, no hay ningún incumplimiento imputable al contratista del que pueda derivarse indemnización alguna a cargo de mi representada.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del contratista, se debe concluir que tampoco puede exigirse pago alguno a mi procurada en el marco del seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 0674726-0, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a la SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. del presente proceso de responsabilidad fiscal.

**C. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADO DE CUMPLIMIENTO NO. 0191592-7 – SE CONFIGURÓ LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

Es aun más clara la improcedencia de la afectación del seguro de responsabilidad civil derivado de cumplimiento No. 0191592-7, toda vez que este ampara únicamente los perjuicios ocasionados a terceros como consecuencia del ejercicio de la actividad del contratista, a excepción de incumplimientos de obligaciones contractuales. De tal manera, al pretenderse la declaratoria de responsabilidad fiscal por un daño al patrimonio público de la entidad territorial, es imposible pretender la afectación de una póliza de responsabilidad civil que, como bien se indica en el amparo, busca indemnizar a terceros (la entidad territorial no es un tercero) de la eventual responsabilidad civil extracontractual (no contractual) del contratista.

Al respecto, conviene precisar que el amparo fue definido en las condiciones generales del referido contrato de seguro, en los siguientes términos:

*“CON SUJECION A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE ESTA POLIZA SURAMERICANA INDEMNIZARA **LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL QUE LE SEA IMPUTABLE AL ASEGURADO, COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE DAÑOS MATERIALES, LESIONES PERSONALES Y/O MUERTE QUE SE OCACIONEN A TERCEROS SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE SINIESTROS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA POLIZA Y CAUSADOS DIRECTAMENTE POR (...)**”*

Esto es aún más evidente al verificar el beneficiario del contrato de seguro que, precisamente, son los terceros afectados por determinada responsabilidad civil extracontractual del contratista, por lo que no es viable afectar la póliza en un proceso de responsabilidad fiscal donde se pretende la indemnización por daño al patrimonio público de la entidad territorial, ya que esta último no sería un tercero afectado, sino que es la entidad contratante de la obra.

Incluso, la falta de cobertura material de esta póliza se hace evidente en una de las exclusiones pactadas, en donde se estableció que dentro de las causas excluidas de

cobertura se encontraba: “*EL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL, TARDIO O DEFECTUOSO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO ASI COMO DE PACTOS QUE VAYAN MAS ALLA DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ASEGURADO COMO TAMBIEN RESPONSABILIDADES AJENAS, EN LAS QUE EL ASEGURADO, POR CONVENIO O CONTRATO, SE COMPROMETA A LA SUSTITUCION DEL RESPONSABLE ORIGINAL*”.

De tal modo, al excluir de cobertura la responsabilidad contractual del contratista, es claro que si la imputación jurídica de responsabilidad fiscal se funda en el incumplimiento de obligaciones contractuales a cargo del contratista, el seguro de responsabilidad civil extracontractual no cubre y, por tanto, no puede ser afectado. Así las cosas, se debe concluir que no puede exigirse pago alguno a mi procurada en el marco del seguro de responsabilidad civil derivado de cumplimiento No. 0191592-7, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado.

**D. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.**

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que las pólizas que hoy nos ocupan, sí prestan cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

**“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA.** *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”<sup>14</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

**COBERTURAS DE LA PÓLIZA**

COBERTURA	FECHA INICIAL	FECHA VENCIMIENTO	VALOR ASEGURADO
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSION DEL ANTICIPO	07-ENE-2013	25-FEB-2015	6.068.792.136,00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	07-ENE-2013	25-AGO-2015	1.213.758.427,31
ESTABILIDAD DE OBRA	21-OCT-2014	21-OCT-2019	2.427.516.854,62
PAGO DE SALARIOS,PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	07-ENE-2013	25-AGO-2017	1.213.758.427,31

**COBERTURAS DE LA PÓLIZA**

COBERTURA	VLR. ASEGURADO	VLR. MOVIMIENTO	% INDICE VARIABLE
* BASICO RESPONSABILIDAD CIVIL	606.879.214,00	606.879.214,00	0

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, aun cuando en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que los contratos de Seguro no prestan cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dichas pólizas contienen unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

**V. PETICIONES**

A. Comedidamente, solicito se **DESVINCULE** a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. del presente proceso de responsabilidad fiscal, atendiendo a que el Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0 y el Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7 carecen de cobertura temporal y material.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

- B.** Asimismo, solicito se **PROFIERA FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** en contra de los imputados y, consecuentemente, se ORDENE EL ARCHIVO del proceso, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública..
- C.** Comedidamente, solicito se **ABSUELVA** de toda responsabilidad como tercero civilmente responsable a **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** como tercero garante, ya que suficientes fueron los argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente que no se ha configurado el riesgo asegurado en el Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0 y el Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7, conforme con los hechos objeto de investigación dentro del presente proceso.

Subsidiariamente:

- D.** Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado establecido en el Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0 y el Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7.

## **VI. MEDIOS DE PRUEBA**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

### **1. DOCUMENTALES**

- 1.1. Copia del Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 0674726-0, expedido por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y su clausulado general.
- 1.2. Copia del Seguro de Responsabilidad Civil Derivado de Cumplimiento No. 0191592-7, expedido por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y su clausulado general.

Los anteriores documentos se aportan en copia simple, siguiendo lo señalado por el artículo 246 del Código General del Proceso, disposición mediante la cual se les asigna a este tipo de copias el mismo valor probatorio que a los documentos aportados en original.

**VII. NOTIFICACIONES**

- El suscrito recibe notificaciones en la Calle 69 No. 4-48, Of. 502 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Del Señor Contralor,

Atentamente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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