

2020 EROO 82006

Jenny Katherine Salinas Troncoso (REG-C)

De: GHA NOTIFICACIONES ABOGADOS <notificaciones@gha.com.co>
Enviado el: miércoles, 26 de agosto de 2020 2:45 p. m.
Para: cgr@contraloria.gov.co; melyssa.arrieta@contraloria.gov.co;
 juan.valbuena@contraloria.gov.co
CC: H & A Santiago Rojas Buitrago
Asunto: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE APERTURA DEL PROCESO DE
 RESPONSABILIDAD FISCAL URFR-PRF-044-2019
Datos adjuntos: PRF 044-2019.pdf

Buenas tardes

Señores

Contraloría General de la República

Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías - Contraloría Delegada Intersectorial No. 4

Atn. Dra Mónica Certain Palma

Respetuosamente me permito adjuntar escrito el cual contiene el pronunciamiento frente al Auto de Apertura dentro del proceso ordinario por responsabilidad fiscal por parte de Seguros generales Suramericana S.A. Con el fin que sea anexado dentro del siguiente proceso:

DESPACHO	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE REGALÍAS - CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL No. 4
REFERENCIA	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO
EXPEDIENTE	URFR - PRF - 044 - 2019
ENTIDAD AFECTADA	MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN - PUTUMAYO
PRESUNTOS RESPONSABLES	ÁLVARO JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ, HENRY JAVIER FRANCO MELO, VÍCTOR HUGO ROMO U OTROS
TERCEROS VINCULADOS	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. SEGUROS DEL ESTADO, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

Documentos adjuntos:

1. Escrito Pronunciamiento frente al Auto de Apertura dentro del proceso ordinario por responsabilidad fiscal.

Cordial Saludo,

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

**UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE REGALÍAS - CONTRALORÍA DELEGADA
INTERSECTORIAL NO. 4**

Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías

Atn: Dra. Mónica Certain Palma

Contralora Delegada Intersectorial No. 4.

E. S. D.

REFERENCIA:	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO
EXPEDIENTE:	URFR-PRF-044-2019
ENTIDAD AFECTADA:	MUNICIPIO DE VILLAGARZÓN-PUTUMAYO
PRESUNTOS RESPONSABLES:	ÁLVARO JESÚS RODRÍGUEZ DÍAZ, HENRY JAVIER FRANCO MELO, VÍCTOR HUGO ROMO Y OTROS
TERCEROS VINCULADOS:	SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, SEGUROS DEL ESTADO, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actúo en calidad de apoderado especial de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A** sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá, con NIT. 890.903.407-9, tal como se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal que se aporta, comedidamente procedo a **PRONUNCIARME FRENTE AL AUTO DE APERTURA** dentro del proceso ordinario por responsabilidad fiscal, por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de las Pólizas de Seguro No. 0674726-0 y 0191592-7, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de aparentes irregularidades relacionadas con el presunto incumplimiento derivado del Contrato No. 056 de 2011, celebrado entre la Alcaldía de Villagarzón – Putumayo y la UT Las Américas, cuyo objeto consistía en “*La Construcción del Macro acueducto veredal Villagarzón – La Joya del Municipio de Villagarzón en el Departamento del Putumayo*”, el cual se encuentra presumiblemente abandonado, sin custodiar y en estado de deterioro.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal URFR-PRF-044-2019 de fecha del 24 de mayo de 2019, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de \$12.744.463.486,74 pesos colombianos vinculando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- Álvaro Jesús Rodríguez Díaz, en su calidad de Alcalde Municipal del Municipio de Villagarzón – Putumayo, durante el periodo del cargo: 01 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2015.
- Henry Javier Franco Melo, en su calidad de Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio de Villagarzón – Putumayo y ostentaba la calidad de Supervisor del Contrato, según acta de inicio del Contrato de Obra N° 056 de 2011.
- Víctor Hugo Romo, en su calidad de Secretario de Planeación e Infraestructura del Municipio de Villagarzón – Putumayo y ostentaba la calidad de Supervisor del Contrato, según acta de inicio del Contrato de Obra N° 056 de 2011.
- Juan Carlos García Bustos, en su calidad de integrante de la Unión Temporal Las Américas como Contratista del Contrato de Obra N° 056 de 2011.
- Nelson Darío Arteaga, en su calidad de integrante de la Unión Temporal Las Américas como Contratista del Contrato de Obra N° 056 de 2011.
- Juan Carlos Patarroyo, en su calidad de integrante de la Unión Temporal Las Américas como Contratista del Contrato de Obra N° 056 de 2011.
- Eivi Manuel Pipicano Pantoja, en su calidad de Representante Legal del Consorcio Interciviles 2011.
- Fernando Jiménez Roa, en su calidad de integrante del Consorcio Interciviles 2011 como Interventor del Contrato de Obra N° 056 de 2011, tal cual como consta en el Contrato de Consultoría SPI N° 061 de 2011.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u

omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

Vinculación de Seguros Generales Suramericana S.A en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en las Pólizas de Seguro No. 0674726-0 y No. 0191592-7 con las vigencias descritas más adelante y tomadas por parte de la Unión Temporal Las Américas.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría conecedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dichas Pólizas de Seguro, por cuanto existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al Honorable Juzgador, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

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

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio 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 por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

"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 del Estado.*
- *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores".*

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, ha manifestado:

“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, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, se solicita desde esta etapa procesal la desvinculación de la Compañía Aseguradora que represento (Seguros Generales Suramericana S.A.) del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

2.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DE LOS INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS, EN SU CALIDAD DE CONTRATISTAS, POR CUANTO NO EJERCÍAN ACTIVIDADES DE GESTIÓN FISCAL.

Para que se halle configurada la responsabilidad fiscal en cabeza de una persona, se deben cumplir con tres requisitos como lo son: i) la existencia de una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, ii) un daño patrimonial al Estado y iii) un nexo causal; aquellos deben cumplirse todos a cabalidad sin excepción alguna, en virtud del artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

En este orden de ideas, es pertinente delimitar el término “*gestión fiscal*” de que trata el inciso primero del artículo 5 de la Ley 610 de 2000. Esta expresión, en virtud del artículo 3 de la misma Ley, establece que son las actividades que realizan los servidores públicos o personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, así:

“ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho

privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

De igual forma, a través de distintos pronunciamientos de la jurisprudencia nacional se ha logrado aclarar el significado de dicho término de la siguiente manera:

“Es oportuno traer a colación apartes de la sentencia C-840 de 9 de agosto de 2001, de la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de algunas normas de la mencionada Ley: “Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal. Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.”¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así entonces, se evidencia en el presente asunto que fueron vinculados al proceso los contratistas de la Unión Temporal Las Américas bajo la modalidad de presuntos responsables, sin tener la calidad de gestores fiscales. Razón por la cual, no deben ser considerados como responsables fiscalmente en este proceso, y en consecuencia no pueden ser el sujeto pasivo de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de agosto de 2004, CP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

este trámite fiscal, por cuanto no ejercieron en el marco del Contrato 056 de 2011 funciones relacionadas con gestión fiscal.

Se debe tener en cuenta que la definición de contratista corresponde de manera simple a “la persona natural o jurídica que suscribe un contrato, cuya propuesta fue escogida por ser la más favorable para los fines que busca la Entidad.”² Así entonces, un contratista no es aquella persona o funcionario público que maneja o administra recursos públicos, sino por el contrario, es aquella persona natural o jurídica que ha sido elegida para ejecutar un contrato y de esta forma garantizar los fines de este y del contratante. Es claro entonces que un contratista no ejerce actividades de gestión fiscal y para el caso en concreto, en el marco del Contrato 056 de 2011 únicamente tenía bajo su cabeza las obligaciones de construir un macroacueducto, más no de administrar, gestionar y/o comprometer recursos públicos. En razón de lo anterior, es importante poner de presente el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-840/01, relacionado con el objeto del proceso de responsabilidad fiscal:

“El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. En materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En sentido similar, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia mencionada inmediatamente anterior, así:

“Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su

² Ibid

disposición. *Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que, hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.*³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En virtud de lo anterior, la finalidad de un proceso de responsabilidad fiscal es lograr resarcir los daños o detrimentos al patrimonio del Estado que causó una persona que realiza gestión fiscal. Así, que este proceso no tiene vocación de prosperidad respecto de los integrantes de la Unión Temporal de las Américas, en su calidad de contratistas, por cuanto no tenían la facultad para manejar los fondos o bienes del Estado ni tampoco ostentaban el poder decisorio sobre la asignación ni ejecución de estos recursos, requisito indispensable para que se logre configurar una responsabilidad fiscal.

Al respecto, es necesario aclarar que, por la mera suscripción de un contrato estatal, no se presupone que el contratista despliegue gestión fiscal. A pesar de que el contrato estatal involucra recursos públicos, los cuales se destinan para el pago al sujeto contratista privado, este último solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos, más no privados.

Con fundamento en las instituciones de derecho civil, para determinar si el recurso ejecutado del contrato estatal ostenta la calidad de público o privado, es indispensable determinar si el valor ingresa al patrimonio del contratista a título de pago, o si por el contrario, el contratista es quién gestiona por cuenta de la entidad estatal los recursos. Así las cosas, el recurso pierde su calidad de carácter público cuando al contratista se le pagan las prestaciones que se originan en el contrato estatal. Como se señaló, si bien es cierto que el contrato estatal involucra recursos públicos, pierden esta condición al realizar el pago al contratista; por cuanto el mismo ingresa a su activo patrimonial que es privado, y puede ser objeto de libre disposición; al respecto Dávila Vinueza sostiene:

“3.1. El contratista es gestor fiscal si dispone de recursos públicos, no privados

La primera consideración que se puede extraer de lo dicho por el Consejo de Estado es que el solo hecho de suscribir un contrato estatal (que per se involucra la ejecución de recursos públicos pues de lo contrario no tendría esta condición) no es sinónimo de que el contratista despliegue gestión fiscal.

³ Corte Constitucional, sentencia C-840/01

El contrato estatal siempre involucra la ejecución de recursos públicos porque con ellos se paga al sujeto contratista privado. Sin embargo, este solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos, no recursos privados. Para vislumbrar un poco mejor la cuestión es necesario establecer en qué eventos el recurso público que se ejecuta mediante el contrato estatal deja de ser público para convertirse en privado y en qué casos el recurso público conserva dicho rasgo distintivo, a pesar de aplicarse a la ejecución de un contrato celebrado con un particular.

Cuando se entra a analizar si un contratista despliega gestión fiscal esta es la primera incógnita que se debe despejar. El Consejo de Estado no ha examinado a fondo esta cuestión. En nuestra opinión, el criterio que se debe usar para determinar si el recurso ejecutado en virtud del contrato estatal es público o privado es si el mismo entra al patrimonio del contratista, vale decir, si se le da a título de pago o si, por el contrario, el contratista lo gestiona por cuenta de la entidad estatal. La solución que proponemos se fundamenta, en últimas, en las más básicas instituciones del derecho civil.

El recurso afecto al contrato estatal pierde su calidad de fondo público cuando con él se le paga al contratista por el cumplimiento de las prestaciones que se originan en el contrato estatal. Diríamos, en otras palabras, que la ejecución del contrato estatal siempre involucra recursos que en su origen son públicos, pero que pierden esa condición si se aplican al pago del contratista privado y, por ello, entran a su patrimonio.

Pagada la obligación de la entidad estatal de dar una suma de dinero mediante la tradición, el recurso en su origen público entra al activo patrimonial del contratista y, por ende, pierde dicha calidad, convirtiéndose en privado y otorgando al beneficiario del pago libertad de disposición del activo. Luego, con independencia del cumplimiento de sus obligaciones, si el contratista privado ha recibido a título de pago fondos públicos no podrá ser perseguido fiscalmente, por la sencilla razón de que no gestiona fondos públicos, sino que dispone de recursos privados. En este mismo sentido se expresa Dávila Vinuesa al sostener:

... las sumas de dinero una vez salen del patrimonio estatal para ser recibidas por los contratistas como contraprestación de sus servicios o las que se le entregan a título de restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, en manera alguna encuadran dentro del concepto de manejo de recursos oficiales, lo que, en consecuencia, derivaría en la imposibilidad de perseguir fiscalmente por esos conceptos".

El criterio analizado explica adecuadamente por qué, en tratándose de anticipos, el contratista privado sí puede verse sometido a un proceso de responsabilidad fiscal. Aunque el asunto no está exento de controversia, en materia de contratación estatal se ha dicho que la diferencia entre los conceptos de pago anticipado y anticipo está dada por la destinación que debe darse a dichas sumas.

[M]ientras el anticipo se entrega al contratista para que este invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por este sin ninguna limitación.

Si el anticipo se entrega como medio de financiación de las actividades contratadas y no como pago de las prestaciones ejecutadas por el contratista, este no entra a su patrimonio, conserva su calidad de fondo público y, por eso, su malversación, uso indebido o pérdida es un hecho generador de la responsabilidad fiscal del contratista.

Es cierto que en la técnica contable y jurídica el anticipo se registra como una cuenta por pagar del contratista. Sin embargo, esta no es, en un sentido estricto, la razón que explica por qué el contratista se reputa como gestor fiscal de dichos fondos. Porque, por ejemplo, en un contrato de cuenta corriente celebrado entre una entidad pública y una entidad financiera privada, esta última tiene disponibilidad de recursos públicos y, no obstante, su pérdida no necesariamente es generadora de responsabilidad fiscal. Lo que queremos significar con esta afirmación es que no basta la disponibilidad material del recurso público para que un contratista del Estado adquiera la calidad de gestor fiscal. Es preciso que el contratista, como se ha venido diciendo, tenga disponibilidad jurídica de los fondos públicos"⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente; María Claudia Rojas Lasso, radicado 2004-1667, mediante providencia del 12 de noviembre de 2015 dispuso:

⁴ Luis Guillermo Dávila, Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993, Bogotá: Legis, 2.ª ed., 2003, p. 587.

"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". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En virtud de lo anterior, se procede a realizar un estudio sobre naturaleza de los dineros que la entidad canceló al contratista en virtud del Contrato de Obra No 056 de 2011, al respecto téngase en cuenta que la cosa fungible es un término muy utilizado principalmente en el derecho civil, el cual hace referencia a las cosas y/o bienes que se deterioran o destruyen al hacer uso de ellos. El Código Civil Colombiano en su artículo 663 define las cosas fungibles y no fungibles, así:

"Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquéllas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles".

La etimología de fungible se deriva del vocablo *fungi* que se traduce como gastar; y del sufijo *-ble* que hace referencia a las cosas que con el uso se consumen, por ello es dable emplear ese concepto como aquello que, al usarlo, es consumido. Un bien fungible, por lo tanto, es un bien mueble que, al darse el uso acorde a su propia naturaleza, se gasta, se consume, se destruye, o se deteriora de modo que sea necesario reemplazarla por otra igual y además puede trasladarse. También se puede definir un bien fungible como aquél bien que puede sustituirse por otros de la misma calidad y en igual cantidad, debido a su equivalencia recíproca.

Desde la época del derecho romano clásico, el dinero es el bien fungible por excelencia, ya que por ejemplo cuando alguien usa un billete, es decir, lo entrega o lo gasta, no lo puede volver a

utilizar; pero puede recuperarlo o reemplazar con otro del mismo valor; así las cosas, es habitual que los productos que se fabrican en serie sean bienes fungibles, toda vez que no poseen características propias que posibiliten diferenciarlos entre ellos en cuanto a su modo de uso, su estética, o su forma de aprovechamiento.

En virtud de lo anterior, el dinero es un bien fungible, por cuanto puede ser reemplazado por otras cosas semejantes de la misma especie o género; en consecuencia, bajo todas las premisas enunciadas en el momento en el cual el dinero sale del patrimonio de la entidad estatal e ingresa al contratista bajo la modalidad de pago, deja de ser un recurso público, y se convierte en un recurso privado, al entrar en el activo patrimonial del contratista; y es allí cuando ostenta la calidad de un bien fungible según los preceptos señalados en la normatividad civil.

Así entonces, los dineros entregados a título de pago al contratista, en virtud del Contrato de Obra No. 056 de 2011, se convirtieron evidentemente en recursos privados, pues el contratista no maneja por su cuenta los recursos públicos de la entidad estatal, así como tampoco tiene el poder jurídico para manejar los fondos del Estado; y en consecuencia no se encuentra legitimado en la causa por pasiva para ser condenado en este trámite, toda vez que la gestión fiscal no puede ser imputable a un particular.

En conclusión, en el presente caso los contratistas de la Unión Temporal Las Américas, vinculados como presuntos responsables, no ejercen funciones de gestor fiscal, por cuanto se considera que los recursos son públicos siempre y cuando se encuentren en el patrimonio de la Entidad, pero una vez que salgan de allí e ingresen al patrimonio del contratista, a modo de pago, se convierten en recursos privados; teniendo como consecuencia el dinero la naturaleza de un bien fungible, ya que puede sustituirse por otro de la misma calidad y en igual cantidad, en virtud de su equivalencia recíproca, así entonces, los contratistas no gestionan fondos públicos, sino que disponen de los recursos privados que ingresan en su activo patrimonial, circunstancia que no permite que sean perseguidos fiscalmente, ni cualificados como gestores fiscales. Razón por la cual, se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de los contratistas de la Unión Temporal Las Américas y en consecuencia se desvincule del proceso fiscal a los mismos, por cuanto no pueden ser declarados fiscalmente responsables.

2.2. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

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).*

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 culpable 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 culpable 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**".⁵*

(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. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no hay prueba del daño patrimonial al Estado.

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que verificando las pruebas aportadas al plenario en el presente asunto, no se logra demostrar la existencia del daño, por cuanto el objeto del Contrato de Obra 056 de 2011 "Construcción Macroacueducto Veredal Villagarzón", se realizó a cabalidad, y solo hasta el 23 de marzo de 2016 en la Vereda Las Toldas, debido a un evento natural, se afectó el normal desarrollo de la prestación del servicio, lo que permite inferir, que previamente a esa fecha se estaba prestando el servicio de agua.

Así entonces, no existen en el expediente elementos de prueba útiles, conducentes ni pertinentes que den cuenta de la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública. Ahora bien, si en el remoto e hipotético evento que su Despacho encuentre acreditado el daño, es necesario que se tenga en cuenta el porcentaje de ejecución del contrato, toda vez que teniendo en cuenta la "Programación Vs Ejecución Tanques de Almacenamiento" documento desarrollado en virtud de la visita técnica, se logra evidenciar la construcción de los tanques en las siguientes veredas: Puerto Umbría (150m3), Porvenir (60m3), Canangucho (60m3), El Naranjito (35m3), Champagnal (20m3), Alemania (20m3), La Paz (20m3), Oroyaco (20m3) y Simón Bolívar (20m3).

⁵ 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.

Razón por la cual no es viable que se valore el daño teniendo en cuenta la totalidad del valor del contrato, esto es la suma de \$12.744.463.486,74 (doce mil setecientos cuarenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y tres mil cuatrocientos ochenta y seis pesos con setenta y cuatro centavos), por cuanto se logró demostrar un alto porcentaje de la ejecución del Contrato de Obra No. 056 de 2011; pese a lo anterior, y en el remoto e improbable evento que se tenga por probado el daño patrimonial, éste deberá reducirse proporcionalmente, pues como ya se expuso se logró un alto porcentaje de ejecución de obra, el cual se encuentra acreditado dentro del proceso.

Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

***“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO.** Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma”.*

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No. URFR-PRF-044-2019, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el presente acápite.

2.3. INEXISTENCIA DE PRUEBA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL LAS AMÉRICAS EN CALIDAD DE CONTRATISTAS.

Es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa 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 párrafo 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**

*inexequible en la parte resolutive de esta Sentencia.*⁶ (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 dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que, para 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 levisima.

Señalado lo anterior y sin perjuicio de la evidente falta de legitimación en la causa por pasiva aducida previamente, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en su calidad de contratistas, 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 deben 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

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

cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más 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).⁷
(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, en la administración y giro de sus negocios. 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)⁸

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas previamente identificadas, 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.

En primer lugar, se debe anotar que el presunto incumplimiento del contratista en la Construcción del Macroacueducto Veredal Villagarzón se debió a un evento natural que afectó los alcances del proyecto y en consecuencia, afectó la línea de conducción del mismo. En segundo lugar, los integrantes de la Unión Temporal en su calidad de contratistas no incurrieron en ninguna conducta dolosa ni gravemente culposa, comoquiera que la administración del

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

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

Municipio de Villagarzón en el Informe "Actuación Especial No. 10" realizado por el Contralor Delegado para el sector de Minas y Energía la Contraloría General de la República, dispuso:

"La Gestión de la administración municipal de Villagarzón es favorable, ya que en las áreas, proceso y actividades auditadas cumplió con los principios evaluados de eficiencia, eficacia y economía.

(...)

3.1. Gestión Legal

El municipio de Villagarzón, en las vigencias auditadas, se ciñó a lo estipulado en las normas aplicables a la Contratación estatal. Finalmente, se estableció que la administración, aplica mecanismos de control adecuados que garanticen el uso y aplicación de los recursos en los fines esenciales del Estado, en beneficio de la comunidad hacia la cual están dirigidos en sus respectivos proyectos.

3.2. Gestión Presupuestal

La administración municipal presenta gestión eficiente al constituir e incorporar las reservas presupuestales, durante las vigencias 2011, 2012 y 2013 además, obtuvo los rendimientos financieros para los contratos que otorgo anticipos en cumplimiento de la Directiva Presidencial No. 04 del 4 de abril de 2003. Presenta gestión eficaz, al dar cumplimiento a lo expuesto en el artículo 91 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 en razón a que verifican la constitución de fiducia para el manejo de los anticipos en los contratos que lo requerían. El presupuesto fue elaborado, incorporado y ejecutado de acuerdo con la normatividad aplicable, para las vigencias 2011, 2012 y 2013.

3.3. Gestión Contractual

La entidad fue eficiente en el uso de los recursos auditados por cuanto realizó estudios técnicos ajustados a la realidad, para las obras públicas contratadas, exigió el cumplimiento de los objetos contractuales, lo cual generó beneficios a la comunidad. El municipio de Villagarzón Putumayo fue eficaz respecto del cumplimiento de planes, programas y proyectos con la utilización de los recursos de Regalías, toda vez que las obras y servicios que contrató, lograron el fin esencial del estado, que es beneficiar a la población objeto".

De acuerdo a lo anterior, se puede evidenciar que sobre el Contrato de Obra 056 de 2011, se realizó el Informe de la Actuación Especial No. 10 por el Contralor Delegado para el sector de Minas y Energía la Contraloría General de la República, en el cual se resaltó que las obras y servicios contratados lograron el fin esencial del Estado. En razón a ello y al analizar el acervo probatorio se concluye que en el presente proceso no existe prueba alguna que permita evidenciar una conducta dolosa o gravosamente culposa por parte de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, pues de conformidad con los apartados transcritos, es claro que la gestión realizada fue avalada por el delegado del organismo de control pertinente.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con el objeto contratado, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

En las consideraciones precedentes se evalúa la conducta del contratista, sin perjuicio de lo expuesto en el numeral 2.2., en el cual quedó plenamente acreditado que los Contratistas de la Unión Temporal Las Américas, no ejercen gestión fiscal, en tanto no gozan del poder jurídico para manejar los fondos del Estado afectados, que para el presente caso corresponden a los recursos públicos del Municipio de Villagarzón – Putumayo; y en consecuencia no están legitimados en la causa por pasiva en el presente asunto, al tener la calidad de particulares, no siendo atribuible ninguna responsabilidad fiscal.

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 a los integrantes de la Unión Temporal Las Américas en su calidad de contratistas. 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 culposos o dolosos. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en su calidad de contratistas, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la Unión Temporal Las Américas, 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 integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en calidad de contratistas. Por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir Auto de imputación en este proceso, y bajo los preceptos enunciados se deberá desvincular a los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, y en consecuencia a la entidad garante que represento, esto es, Seguros Generales Suramericana S.A.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

Al respecto, me permito solicitar respetuosamente a la Contraloría la desvinculación de mi representada en calidad de tercero civilmente responsable. Es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales de los contratos de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que las pólizas incorporadas en el expediente no gozan de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene 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 siniestros, 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 condicione 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.^[1] (...) (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; con el fin de 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 No. 0674726-0 y 0191592-7, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de las mismas. 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 los contratos de seguro documentados en las pólizas antes referidas.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de Seguros Generales Suramericana S.A., así:

3.1. FALTA DE COBERTURA MATERIAL DEL CONTRATO DE SEGURO 0191592-7

Al respecto téngase en cuenta que el Contrato de Seguro 0191592-7, amparó los perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual. Entiéndase la misma como aquella que surge del daño que una persona natural o jurídica causa a otra, cuando entre ellas no existe un vínculo contractual que las una. Para el caso de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual, la persona natural o jurídica transfiere a cargo de la compañía de seguros la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause con motivo de determinada

responsabilidad en que incurra, y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima que no tiene ninguna clase de vínculo con el asegurado, buscando dejarla en iguales o similares condiciones a como se encontraba antes que sucediera el hecho, así entonces la víctima se constituye en beneficiario de la indemnización. En consecuencia, al estudiar la Póliza de Responsabilidad Extracontractual 0191592-7, la misma no puede ser afectada por cuanto no ampara la responsabilidad contractual, y mucho menos una responsabilidad fiscal.

Dentro de las coberturas del mencionado Contrato de Seguro se tienen las siguientes:

- | | |
|---|--|
| <p>1. LA POSESION, EL USO O EL MANTENIMIENTO DE LOS PREDIOS QUE FIGURAN RELACIONADOS EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA Y EN LOS CUALES EL ASEGURADO DESARROLLA Y REALIZA LAS ACTIVIDADES OBJETO DE ESTE SEGURO.</p> <p>2. LAS OPERACIONES QUE LLEVA A CABO EL ASEGURADO, EN EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DESCRITAS EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA.</p> <p>ESTA COBERTURA INCLUYE TODOS LOS RIESGOS QUE SON INHERENTES A LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR EL ASEGURADO EN EL GIRO NORMAL DE SUS NEGOCIOS, ESPECIFICADAS EN LA SOLICITUD Y/O EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE ESTA POLIZA.</p> <p>POR LO TANTO, SURAMERICANA CUBRE LAS INDEMNIZACIONES QUE TENGA QUE PAGAR EL ASEGURADO EN RAZON DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE ACTIVIDADES Y/O RIESGOS TALES COMO:</p> <p>2.1 INCENDIO Y/O EXPLOSION</p> <p>2.2 EL USO DE ASCENSORES Y ESCALERAS AUTOMATICAS DENTRO DE LOS PREDIOS ASEGURADOS.</p> <p>2.3 EL USO DE MAQUINAS Y EQUIPOS DE TRABAJO, DE CARGUE Y DESCARGUE Y TRANSPORTE DENTRO DE LOS PREDIOS ASEGURADOS.</p> <p>2.4 EL MONTAJE, DESMONTAJE O DESPLOME DE AVISOS Y VALLAS PUBLICITARIAS INSTALADAS POR EL ASEGURADO. EN CASO DE QUE SEAN INSTALADAS POR TERCEROS SE AMPARARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DEL ASEGURADO.</p> <p>2.5 EL USO DE LAS INSTALACIONES SOCIALES Y/O DEPORTIVAS QUE SE ENCUENTREN EN LOS PREDIOS RELACIONADOS POR EL ASEGURADO.</p> | <p>2.6 EVENTOS SOCIALES O DEPORTIVOS ORGANIZADOS POR EL ASEGURADO EN LOS PREDIOS RELACIONADOS POR ESTE.</p> <p>2.7 VIAJES DE FUNCIONARIOS DEL ASEGURADO DENTRO DEL TERRITORIO NACIONAL CUANDO EN DESARROLLO DE ACTIVIDADES INHERENTES AL ASEGURADO, CAUSEN DAÑOS A TERCEROS.</p> <p>2.8 LA PARTICIPACION DEL ASEGURADO EN FERIAS Y EXPOSICIONES NACIONALES.</p> <p>2.9 LA VIGILANCIA DE LOS PREDIOS DEL ASEGURADO POR MEDIO DE PERSONAL Y PERROS GUARDIANES DEL ASEGURADO.</p> <p>2.10 LA POSESION Y EL USO DE DEPOSITOS, TANQUES Y TUBERIAS QUE SE ENCUENTREN UBICADOS O INSTALADOS DENTRO DE LOS PREDIOS RELACIONADOS POR EL ASEGURADO.</p> <p>2.11 EL USO DE PARQUEADEROS DENTRO DE LOS PREDIOS RELACIONADOS EN LAS CONDICIONES PARTICULARES DE LA POLIZA.</p> <p>2.12 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MIEMBROS DE JUNTA O CONSEJO DIRECTIVO, REPRESENTANTES LEGALES Y EMPLEADOS DEL ASEGURADO DERIVADA DE DAÑOS MATERIALES, LESIONES PERSONALES Y/O MUERTE CAUSADOS A TERCEROS EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES AL SERVICIO DEL ASEGURADO.</p> <p>2.13 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL SOLIDARIA QUE RECAE SOBRE EL ASEGURADO EN FORMA DIRECTA POR DAÑOS CAUSADOS POR LOS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS A SU SERVICIO, EN DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES PARA LAS CUALES FUERON CONTRATADOS.</p> |
|---|--|

Al respecto téngase en cuenta que la Constitución Política de 1991 estableció una nueva dimensión respecto del control fiscal, sentando sus bases, y para tal efecto otorgó amplias facultades a la Contraloría General de la República. Dentro de ese marco se expidió la Ley 610 de 2000, la cual reguló la responsabilidad fiscal en sus aspectos sustanciales y de procedimiento, posterior a ello la mencionada normatividad fue complementada por la Ley 1474 de 2011, que introdujo ajustes al proceso de responsabilidad fiscal y modificó las normas con relación a la prescripción del contrato de seguro. En virtud de lo anterior y de la vinculación a Seguros Generales Suramericana S.A. como tercero civil responsable, es necesario aclarar que carece de rigor por cuanto la aseguradora no responde por los actos de los funcionarios o de los particulares que administren recursos públicos, por cuanto la fuente de obligación proviene del contrato de seguro más no de la conducta impropia del responsable.

En consecuencia, existen dos obligaciones diferentes en cuanto a su alcance y origen: i) la obligación de resarcimiento a cargo del responsable fiscal y ii) la obligación del asegurador que nace y se delimita por el contrato de seguro. Al respecto la Corte Constitucional mediante Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002 delimitó que la finalidad de la vinculación de la

aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento del patrimonio público, y esa vinculación debe estar delimitada por el riesgo amparado:

“En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.

*Es decir, **la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado**, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas”*

De conformidad con lo anterior, los requisitos para que una aseguradora pueda ser vinculada como tercero civilmente responsable son los siguientes:

- *Que exista una declaración de responsabilidad fiscal por haberse acreditado a cabalidad los elementos para su tipificación: gestión fiscal, una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño y la relación de causalidad respectiva.*
- *Que la cobertura prevista en el contrato de **seguro ampare específicamente el hecho constitutivo de la responsabilidad fiscal** teniendo en cuenta sus condiciones y limitaciones, tales como el alcance del riesgo cubierto, la vigencia, la suma asegurada, el deducible, entre otros”.⁹*

Así entonces, teniendo en cuenta las coberturas plasmadas en el presente acápite, contenidas en el Contrato de Seguro - Póliza de Responsabilidad Extracontractual 0191592-7, se evidencia que ninguna ampara específicamente el hecho constitutivo de la responsabilidad fiscal; y en virtud de ello no se encuentra ninguna cobertura que pueda verse afectada por los hechos que acaecen en el Proceso de Responsabilidad Fiscal URFR -PRF-044-2019, el cual se origina en la celebración del Contrato de Obra 056 de 2011, cuya finalidad era la Construcción del Macro acueducto veredal de Villagarzón. En consecuencia, no se pueden amparar riesgos que se

⁹ file:///C:/Users/cm0034/Downloads/11252-Texto%20del%20art%C3%ADculo-61416-1-10-20160816.pdf

generen de una eventual responsabilidad fiscal en cabeza de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en calidad de contratistas.

3.2. INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS DEL ARTÍCULO 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Con respecto a este punto, teniendo en cuenta la reclamación del siniestro, y la demostración de la cuantía a indemnizar, es menester traer a colación el artículo 1077 del Código de Comercio, normatividad por medio de la cual exige al asegurado demostrar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida; y en consecuencia corresponderá al asegurador demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. La Superintendencia Financiera de Colombia profirió concepto No. 2003026790-1 del 10 de junio de 2003, en el cual trató sobre el régimen probatorio del contrato de seguro, así:

"1. Las normas que definen los aspectos probatorios del contrato de seguro contenidas en el Código de Comercio regulan en forma exclusiva dos aspectos: el siniestro y la cuantía de la pérdida. En efecto, los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio imponen al asegurado demostrar judicial o extrajudicial la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, cuando fuere el caso, demostración que, tal como se deduce de la primera de las normas citadas, no se encuentra sujeta a ninguna restricción en materia probatoria y, por lo tanto, supone para el asegurado o beneficiario plena libertad para escoger cualquiera de los medios probatorios previstos en la ley, siempre y cuando el elegido sea idóneo, conducente y pertinente para demostrar claramente tales hechos.

De manera que si el asegurado o beneficiario, a través de cualquiera de los medios probatorios mencionados en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil o de aquellos que usualmente se aporten para acreditar determinados hechos, suministra suficientes elementos de juicio para que el asegurador tenga certeza acerca de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía, si fuere el caso, cumple con su obligación y, en consecuencia, el asegurador deberá proceder al pago de la prestación asegurada o a demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, dentro del término de un mes contado a partir del momento en que se formalizó la reclamación en debida forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el parágrafo del artículo 11 de la Ley 510 de 1999.

Definido el régimen probatorio del contrato de seguro debe subrayarse que la demostración de otros aspectos que no se encuentran regulados en forma especial, como el relativo a la condición de beneficiario deberá sujetarse a las

previsiones generales sobre la materia, respetando en todo caso las estipulaciones contractuales sobre el particular”.

El artículo 1077 del Código de Comercio dispone la obligatoriedad por parte del asegurado de cumplir con la carga de la prueba, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1077. <CARGA DE LA PRUEBA>. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

En consecuencia, el asegurado o el beneficiario debe demostrar la ocurrencia del siniestro y acreditar la cuantía de la pérdida sufrida. Circunstancia que en el presente asunto no se ha realizado. Lo anterior, por cuanto según el artículo 1077 del Código de Comercio, si no se prueba la cuantía de la pérdida, ni la realización del riesgo asegurado, no surge en cabeza del asegurador la obligación de pagar la prestación condicional a su cargo.

Así las cosas, bajo la normatividad transcrita, para hacer efectivo un Contrato de Seguro se requiere acreditar: i) la realización del riesgo asegurado y ii) la cuantía de la pérdida. Sin embargo, en el presente asunto no se ha cumplido con la exigencia del artículo 1077 del Código de Comercio, razón por la cual, no resulta viable jurídicamente hacer efectivo los Contratos de Seguro 0191592-7 y 0674726-0.

3.3. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO

Sobre el particular, es necesario manifestar que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede -salvo las restricciones legales, asumir todos o algunos riesgos en lo que se encuentren inmersos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como el asegurador, por medio de la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de algunos presupuestos, y solo en el evento de que se presenten estos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. Así como también puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias, que teniendo como origen el evento dañoso, no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, que se conocen tradicionalmente con el nombre de exclusiones.

Existen dos clasificaciones de riesgos a saber: i) riesgos ordinarios y ii) riesgos extraordinarios, en donde los primeros *“son aquellos que por la cotidianidad o periodicidad de su verificación y*

por la proporcionalidad cuántica de sus resultados pueden ser mensurables estadística y financieramente,”¹⁰ y los últimos son riesgos que se tornan extraños al quehacer del asegurador.

De otro lado, existe una diferencia entre riesgos no asegurables y riesgos excluidos, en donde los primeros son aquellos excluidos del seguro, y no admiten acuerdo en contrario; y los segundos son aquellos que no obstante de ser asegurables, deben entenderse excluidos según norma supletiva de la ley, es decir, que pueden ser cubiertos en ejercicio de la autonomía contractual. En virtud de lo anterior se determinará mediante subcapítulos los riesgos excluidos en cada uno de los contratos de seguro.

3.3.1. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN EL CONTRATO DE SEGURO 0191592-7

Al analizar la Sección II – Capítulo Exclusiones en el Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual 0191592-7, se encuentran las siguientes que nos ocupan para el presente caso:

“1.1. Dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario.

(...)

1.4. El incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato así como de pactos que vayan más allá del alcance de la responsabilidad civil del asegurado como también responsabilidades ajenas, en las que el asegurado, por convenio o contrato, se compromete a la sustitución de responsable original”

Respecto del numeral 1.1 del Capítulo de Exclusiones, es necesario aclarar que en virtud del artículo 5° de la Ley 610 de 2000, el primer elemento de la responsabilidad fiscal tiene lugar a una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. Ahora bien, si en el remoto e hipotético evento que se acredite este primer elemento, por parte de la Contraloría Delegada Intersectorial No. 4, en cabeza de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en calidad de contratistas, sin perjuicio de la falta de cobertura material analizada en el numeral precedente, la Póliza 0191592-7 no debería resultar afectada, pues el riesgo se encontraría expresamente excluido.

Ahora bien, con relación al numeral 1.4 de la Sección II, la Póliza es clara al determinar que se excluye la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento total, parcial, tardío o

¹⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Los conflictos bélicos en el derecho de seguros. Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá, 1993, página 40.

defectuoso de las obligaciones originadas en un contrato. Razón por la cual, la Póliza no tiene amparo ante un eventual incumplimiento del Contrato de Obra declarado por la Contraloría Delegada.

Así las cosas, y en virtud del ámbito de la libertad contractual consagrado en el artículo 1056 del Código de Comercio, el contrato de seguro que aquí nos ocupa no puede verse afectado, por cuanto se evidencia en el capítulo de exclusiones, los riesgos que no ampara la Póliza a saber: i) Dolo o culpa grave del tomador y ii) El incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones derivadas de un contrato así como de pactos que rayan más allá del alcance de la responsabilidad civil del asegurado como también responsabilidades ajenas, en las que el asegurado, por convenio o contrato, se compromete a la sustitución de responsable original; cuya aceptación de su contenido se tiene con la suscripción del contrato de seguro. En consecuencia, si en el evento e hipotético caso que mediante el proceso de responsabilidad que nos ocupa se llegaren a probar cualquiera de estos dos elementos, la Póliza no tendría cobertura, al estar expresamente excluido.

3.3.2. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN EL CONTRATO DE SEGURO 0674726-0

Al analizar el capítulo 2 – Exclusiones en el Contrato de Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales 0674726-0, se encuentran las siguientes que nos ocupan para el presente caso:

"EXCLUSIONES

Los amparos previstos en la presente póliza no operarán en los casos siguientes:

(...)

2.3. El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante

2.4. El demérito o deterioro normal que superan los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo".

Respecto de los numerales 2.3 y 2.4. del Capítulo de Exclusiones, es necesario aclarar que si en el remoto e hipotético evento que se logre probar dentro del proceso de responsabilidad fiscal la falta de mantenimiento a las obras, o el deterioro normal que superan los bienes entregados derivadas del Contrato No. 056 de 2011, por parte de la Contraloría Delegada

Intersectorial No. 4, en cabeza de los integrantes de la Unión Temporal Las Américas, en calidad de contratistas, sin perjuicio de la falta de cobertura material analizada en el numeral precedente, la Póliza 0674726-0 no debería resultar afectada, pues el riesgo se encontraría expresamente excluido y en consecuencia la Póliza no tiene amparo ante un eventual incumplimiento del Contrato de Obra declarado por la Contraloría Delegada.

Así las cosas, y en virtud del ámbito de la libertad contractual consagrado en el artículo 1056 del Código de Comercio, el contrato de seguro que aquí nos ocupa no puede verse afectado, por cuanto se evidencia en el capítulo de exclusiones, los riesgos que no ampara la Póliza a saber: i) El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante; cuya aceptación de su contenido se tiene con la suscripción del contrato de seguro. En consecuencia, si en el evento e hipotético caso que mediante el proceso de responsabilidad que nos ocupa se llegaren a probar este elemento, la Póliza no tendría cobertura, al estar expresamente excluido, ya que si verificamos los Hallazgos con presunta incidencia fiscal del año 2018, se recopiló material fotográfico arrojando un deterioro en la Obra por el transcurso del tiempo; y una bocatoma existente que no cuenta con dique y la captación es lateral, situaciones endilgables al contratista; razón por la cual la Póliza no tiene amparo al encontrarse excluida en el Contrato de Seguro, siendo aceptada tal condición por el asegurado quien suscribió el Contrato de Seguro.

3.4. TERMINACIÓN AUTOMÁTICA CONTRATO DE SEGURO 0674726-0 – APLICACIÓN ARTÍCULO 1060 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El asegurado o el tomador, según sea el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. Así entonces, durante la vigencia del contrato se deberá notificar al asegurador todo aquello que pueda modificar el riesgo, en su agravación o variación de su identidad, so pena de producirse la terminación del contrato. En este sentido, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección “B” magistrada ponente: Stella Conto Díaz del Castillo en sentencia del 22 de febrero de 2016, expuso:

“En cuanto a la conservación del riesgo, es de anotar que, en los términos del artículo 1039 del Código de Comercio, al asegurado le corresponden las obligaciones que no pueden ser cumplidas más que por él mismo, motivo por el cual le es oponible la obligación consagrada en el artículo 1060 de la misma normativa, respecto de la conservación del riesgo y la notificación de cambios. Las normas en cita son del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 1039. SEGURO POR CUENTA DE UN TERCERO Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES. El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador

incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.

ARTÍCULO 1060. MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS. El asegurado o el tomador, según el caso, están 25 Exp. 34226 Actor: Confianza S.A. obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella".

Como se observa, esta última norma consagra dos efectos jurídicos a saber: i) si se cumple con la notificación oportuna de la modificación del riesgo, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste de la prima; ii) en caso contrario se produce la terminación del contrato. El cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al asegurado o al beneficiario en caso de siniestro, pueden conllevar a deducir del monto de la indemnización de los perjuicios causados a la asegurada, en los términos del artículo 1078 del Código de Comercio .

Según el artículo 1060 transcrito, el asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad.

Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas (artículo 1074 C. Ció.). El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes (artículo 1075 ibídem) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por otro lado, en cuanto a la modificación del estado del riesgo en el contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 2007, referencia 00133-01 magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo, dispuso:

“La Corte acierta en su decisión, acogiendo los argumentos establecidos por el Tribunal respecto a la aplicación del artículo 1060 del Código de Comercio, en el cual se establece la obligación que tiene el tomador o asegurado de notificar al asegurador todos los hechos o circunstancia posteriores a la celebración del contrato que signifiquen una agravación del riesgo.

(...)

Estas circunstancias de agravación inciden en la obligación condicional del asegurador, quien es el que asume el riesgo, por lo tanto tiene el derecho a ser informado de todo tipo de eventualidades, para que de acuerdo a la situación y a las nuevas condiciones pueda revocar el contrato o hacer algún tipo de ajuste, sobre todo en lo relacionado con la prima.

*Por consiguiente **“El régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en que las nuevas circunstancias que lo alteran, aumentan la probabilidad de ocurrencia del siniestro, o de la intensidad de sus consecuencias, sin que el asegurador deba soportar esa variación por un mal entendimiento del carácter aleatorio del contrato, pues aunque es claro que asumió la contingencia de la materialización del riesgo, lo hizo sobre la base de unas específicas condiciones**, de tal manera que si ellas cambian por el advenimiento de circunstancias no previsibles, en línea de principio deben cambiar las reglas que gobiernan la relación contractual, o dársele fin a ella.”*

Al respecto el artículo 1060 del Código de Comercio dispone:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato.
Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella”.

Así como el artículo 1050 del Código de Comercio hace referencia a la carga de información del tomador del seguro previamente a la celebración de un contrato, así también la normatividad regula taxativamente las cargas de información adicionales que el tomador, el asegurado, o el beneficiario según sea el caso, den cumplir con posterioridad a la suscripción del contrato de seguro, y aún después de la ocurrencia del siniestro. Ahora bien, la carga de informar sobre la agravación del estado del riesgo, según lo prevé el artículo 1060 del Código de Comercio, opera en el presente asunto, so pena de terminar automáticamente el contrato de seguro¹¹.

¹¹ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/596/562>

En virtud de lo anterior, el Código de Comercio señala expresamente que cuando se presenten circunstancias que alteren el estado del riesgo, se debe notificar oportunamente al asegurador y su falta de notificación produce la terminación del contrato. Así las cosas, mediante Auto No. 0389 por el cual se ordena la Apertura de Indagación Preliminar se observa que los estudios iniciales del proyecto fueron aparentemente modificados, de la siguiente forma:

- i) El estudio inicial del proyecto establecía que la construcción de la bocatoma debía realizarse sobre el río El Pepino, pero la misma fue construida sobre la quebrada El Dorado.
- ii) La bocatoma fue planteada con dique y rejilla de fondo para la captación, sin embargo se observó a través de visita técnica que la bocatoma existente no cuenta con dique y la captación es lateral, generándose que la cabeza de presión y el caudal pactado, sea menor al programado.
- iii) Se realizaron modificaciones al trazado de la red de distribución y a las tuberías de aducción y conducción.
- iv) Se estableció en el Contrato 056 de 2011, la construcción de 20 tanques de almacenamiento, uno por cada vereda beneficiaria, no obstante se construyó solo 9 tanques de almacenamiento.

En virtud de lo anterior, las circunstancias de agravación en que incurrió el contratista, incidieron en la obligación del asegurador, quien es el que asume el riesgo; por lo tanto, debe ser informado de cualquier eventualidad que incida en el régimen de agravación del estado del riesgo. En consecuencia, el régimen de agravación del estado del riesgo, encuentra su razón de ser en cualquier circunstancia que lo altere; sin que el asegurador deba soportar tal variación, por cuanto la asunción del riesgo, la realiza con base en ciertas condiciones que no pueden ser alteradas sin su notificación.

Así entonces, es claro que la Unión Temporal Las Américas tenía la obligación de mantener el estado del riesgo, pero como se manifestó la construcción de la bocatoma se realizó en un lugar diferente a donde se tenía previsto; la bocatoma no cuenta con dique y la captación es lateral, provocando una menor presión y caudal; y se construyeron solo 9 tanques de almacenamiento, cuando lo estipulado en el Contrato de Obra No. 056 de 2011 eran 20 tanques de almacenamiento; en tal virtud y de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario no se logra evidenciar la notificación por escrito y dentro del término señalado en el artículo 1060 del Código de Comercio, los hechos que se enunciaron que sobrevinieron con posterioridad a la celebración del contrato y que claramente significa una agravación del riesgo o variación de u

identidad local; so pena de lo anterior que en virtud de la normatividad precitada se produzca la terminación del contrato de seguro.

En consecuencia, y al no demostrarse en el acervo probatorio del presente proceso de responsabilidad fiscal, la notificación al asegurador de las modificaciones realizadas por el contratista, se terminó automáticamente el contrato de seguro de conformidad con el artículo 1060 del Código de Comercio, razón por la cual no puede hacerse efectivo.

3.5. PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO 0191592-7

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 Contenciosa 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 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 seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 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.”¹² (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.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 250002324000200600428

...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)¹³

Por su parte el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 regula el término prescriptivo respecto de las pólizas de seguro, por medio de las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, así:

“Artículo 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000”.

En consecuencia, por remisión del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se procede a transcribir el precepto normativo contenido en el artículo 9º de la Ley 61º de 2000, de la siguiente manera:

“Artículo 9º. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño

¹³ 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.

al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

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

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

En virtud de lo anterior, y sin perjuicio de que no existe ningún hecho por el que se pudiera hacer efectiva la Póliza 0191592-7 es necesario también precisar que cualquier acción derivada del Contrato de Seguro Responsabilidad Civil Extracontractual, se encuentra prescrita, toda vez que para que exista cobertura es indispensable que los hechos hayan ocurrido en vigencia de la póliza. Es así, como verificando la vigencia de la Póliza 0191592-7 cualquier hecho debió haber ocurrido a más tardar el 19 de diciembre de 2013, fecha en la cual terminó el seguro; sin embargo, al revisar el Auto de Apertura del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal URFR-PRF-044-2019 es de fecha 24 de mayo de 2019.

De otro lado, también se evidencia que dado que desde la terminación del Contrato de Seguro, esto es, el 19 de diciembre de 2013, hasta la fecha han pasado más de cinco (5) años, siendo evidentemente claro que se encuentra prescrita cualquier acción para hacer efectivo el contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio.

3.6. DOLO Y CULPA GRAVE: RIESGOS INASEGURABLES RESPECTO DE LAS PÓLIZAS 0191592-7 Y 0674726-0

El artículo 1055 del Código de Comercio dispone que son riesgos inasegurables; i) el dolo, ii) la culpa grave y iii) los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, así:

“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. *El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.*

Ahora bien, el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos ha realizado el análisis del dolo como riesgo asegurable sosteniendo que *"...la regla general del artículo 1055 del Código de Comercio dispone que en el contrato de seguro no son asegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, lo cual se funda en que en el contrato de seguro, como regla general, el riesgo asegurado es un áleas que en consecuencia mal podría depender del propio asegurado y especialmente de su conducta malintencionada"*¹⁴

De otro lado, se realizará una transcripción respecto del dolo como riesgo inasegurable abordada, así:

"(...) esta afirmación es válida no solo para el seguro de responsabilidad, sino para todos los seguros en general, ya que el artículo 1055 del Código de Comercio únicamente reprocha como riesgo asegurable el dolo del tomador, asegurado o beneficiario y no el de terceros (y para estos efectos los dependientes son terceros). En tal virtud el dolo del asegurado no podrá ser materia de cobertura. Sobre el particular resulta ilustrativa la descripción de Viney acerca de la situación francesa: "Existe un primer punto sobre el cual la jurisprudencia no ha variado jamás es que esta falta intencional debe ser cometida personalmente por el asegurado responsable. La falta intencional de los dependientes y de toda persona respecto del cual el asegurado responda civilmente permanece asegurable"¹⁵ (...)"

En virtud de lo anterior, el dolo y la culpa grave son riesgos inasegurables. En consecuencia en el hipotético evento que se acredite en el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal URFR-PRF-044-2019, el primer elemento de responsabilidad fiscal contemplado en el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, no resulta jurídicamente plausible hacer efectivas las Pólizas 0191592-7 y 0674726-0, al tener la calidad de inasegurables el dolo y la culpa grave.

3.7. CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGURO

La obligación principal del asegurador que para el presente asunto es Seguros Generales Suramericana S.A., en caso de ocurrencia del siniestro, es responder hasta el monto de las sumas aseguradas establecidas en las Pólizas 0674726-0 y 0191592-7. Por tal motivo, el Contrato de Seguro tiene como característica ser indemnizatorio.

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 30 de octubre de 2013, Demandante: Imprenta Nacional de Colombia, Demandado: BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A., Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, Colección Textos Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Primera Edición, Bogotá, enero de 2006, pg. 149, texto en el cual cita a: Viney, Genieève *Traité de Droit, La responsabilité, effets*, LGDJ, Paris 1988, p. 471.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

"Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato."

Se puede concluir entonces que el Contrato de Seguro, tiene un carácter meramente indemnizatorio, y por tal motivo tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla. Es por ello, que en primer lugar, no es de recibo ninguna indemnización, por cuanto la cuantía de la pérdida no se encuentra probada en el expediente, obligación contemplada en el artículo 1077 del Código de Comercio; y de esta forma cualquier indemnización vulneraría el carácter indemnizatorio del contrato de seguro; y en segundo lugar, el perjuicio en el caso concreto está mal tazado, teniendo en cuenta la Programación Vs Ejecución Tanques de Almacenamiento desarrollada a través de visita técnica, en el cual se logró evidenciar la construcción de los tanques en 9 veredas beneficiarias. Por tal razón, no es viable que se valore el daño teniendo en cuenta la totalidad del valor del contrato, esto es la suma de \$12.744.463.489,74 (doce mil setecientos cuarenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y tres mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con setenta y cuatro centavos), por cuanto se logró demostrar al menos un 45% de la ejecución del Contrato de Obra 056 de 2011; y sobre ello la misma Contraloría manifiesta que se encuentra probado el porcentaje de ejecución de la obra, lo que contravendría claramente el Contrato de Seguro.

3.8. 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, eexclusivamente 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”¹⁶ (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 en virtud de la póliza 0674726-0:

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

COBERTURAS DE LA PÓLIZA

COBERTURA	FECHA INICIAL	FECHA VENCIMIENTO	VALOR ASEGURADO	PRIMA
BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO	07-ENE-2013	25-FEB-2015	6.068.792.136,00	0,00
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	07-ENE-2013	25-AGO-2015	1.213.758.427,31	1.504.728,00
ESTABILIDAD DE OBRA	21-OCT-2014	21-OCT-2019	2.427.518.854,62	0,00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES	07-ENE-2013	25-AGO-2017	1.213.758.427,31	0,00

Ahora bien, respecto de la póliza 0191592-7 estos son los amparos otorgados así como también los valores asegurados por esta:

COBERTURAS DE LA PÓLIZA						
COBERTURA	VL.R. ASEGURADO	VL.R. MOVIMIENTO	% INDE VARIABLE	PRIMA	I.V.A.	PRIMA + IVA
BÁSICO RESPONSABILIDAD CIVIL	604.879.214	604.879.214	0	4.293.974	680.636	4.974.610

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que 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.

IV. PETICIONES

4.1. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores Juan Carlos García Bustos, Nelson Darío Arteaga y Juan Carlos Patarroyo, en su calidad de contratistas como integrantes de la Unión Temporal Las Américas, y consecuentemente se **ORDENE SU DESVINCULACIÓN** del proceso identificado con el número URFR-PRF-044-2019 que cursa actualmente en la Contraloría General de la República por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, se puede establecer que los contratistas de la Unión Temporal Las Américas, vinculados como presuntos responsables, no ejercen funciones de gestor fiscal, porque si bien los recursos transferidos mediante contrato SPI N. 056 de 2011, ostentan el carácter de públicos, los contratistas no gestionan fondos públicos, sino que disponen de los recursos privados que ingresan en su activo patrimonial, circunstancia que no permite que sean perseguidos fiscalmente, ni cualificados como gestores fiscales, además de que el presunto detrimento no está acreditado en debida forma, y de que los contratistas previamente mencionados han actuado con debida diligencia en el cumplimiento de su gestión.

- 4.2. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de Seguros Generales Suramericana S.A como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que las Pólizas de Seguro No. 0674726-0 y 0191592-7 no prestan cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número URFR-PRF-044-2019 que cursa actualmente en la Contraloría General de la República, Unidad de Responsabilidad Fiscal de Regalías.

Subsidiariamente:

- 4.3. 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 tanto en el contrato de seguro No. 0674726-0 y el contrato de seguro No. 0191592-7.

V. **MEDIOS DE PRUEBA**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES

- 5.1. Copia de las Póliza de Seguro No. 0674726-0 y su condicionado general.
5.2. Copia de la Póliza de Seguro No. 0191592-7 y su condicionado general.
5.3. Circular No 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020.

VI. **ANEXOS**

- 6.1. Certificado de Existencia y Representación Legal de Seguros Generales Suramericana S.A

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**

- 7.1. El suscrito, en la Carrera 11A No. 94A - 56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá y en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co
- 7.2. Mi procurada, SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A recibirá notificaciones en la Carrera 63 No. 49 A 31 Piso 1 Edificio Camacol en la ciudad de Medellín y en la dirección de correo electrónico notificacionesjudiciales@sura.com.co

Del Señor Contralor,
Cordialmente,



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