

Señores

**GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAUCA  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Atn. Dr. RICARDO GEMBUEL CHAVACO

**E. S. D.**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL  
**RADICADO:** PRF-2019-00803  
**ENTIDAD AFECTADA:** MUNICIPIO DE GUAPI - CAUCA  
**PRESUNTOS  
RESPONSABLES:** YARLEY OCORO ORTIZ Y OTROS  
**TERCERO VINCULADO:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

**ASUNTO:** RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO  
APELACIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON  
RESPONSABILIDAD FISCAL No. 011 DEL 6 DE DICIEMBRE  
DE 2023

**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, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 011 DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2023**, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a mi poderdante, en virtud de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 430-47-994000023710, respecto de sus amparos de cumplimiento y buen manejo y correcta inversión del anticipo, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

**I. OPORTUNIDAD**

Teniendo en cuenta que la notificación personal del acto administrativo por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal se efectuó el día 11 de diciembre de 2023 al suscrito y, conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, frente a éste proceden los recursos de reposición y apelación que deben interponerse dentro de los cinco (5) días

hábiles siguientes a la notificación del fallo, el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente.

## **II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO. PRF-2019-00803**

Antes de exponer las razones por las cuales necesariamente el Despacho debe revocar el fallo proferido en el cual se decidió declarar civilmente responsable a mi procurada, es necesario recordar que el proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tuvo su origen en el hallazgo fiscal 32 (SICA 66088) **que fue trasladado a la Contraloría el 27 de junio de 2018**, el cual consistió en presuntas irregularidades en la ejecución y cumplimiento del Contrato de Obra Pública No. 428 de 2013, así como el Contrato de Interventoría No. CM002-2014, cuyo objeto fue la *“PAVIMENTACIÓN EN CONCRETO HIDRÁULICO DE LOS SECTORES COMPRENDIDOS ENTRE LA CARRERA CUARTA Y CARRERA SEGUNDA DEL MUNICIPIO DE GUAPI – CAUCA”*.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, a criterio del ente de control fiscal, las obras presentan deficiencias en calidad y cantidad y, adicionalmente, no fueron ejecutadas a cabalidad. En suma, no se tuvieron en cuenta estudios de suelos, diseños de pavimento rígido o estructura del pavimento, por lo cual se incurrió en un detrimento patrimonial atribuible tanto a los funcionarios públicos que estructuraron y supervisaron la ejecución del contrato de obra, por deficiencias en el principio de planeación, como al contratista, a pesar de que este no es gestor fiscal.

Al mismo tiempo, se arguyó que la entidad contratante reconoció un avance físico del 40,81% en el acta parcial No. 1, a pesar de que el avance real correspondía a un 23%, de conformidad con los distintos informes allegados al proceso de responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, el ente fiscal vinculó a YARLEY OCORO ORTIZ, en calidad de alcalde de Guapi, WALTER DAVID ALDANA QUICENO, en calidad de alcalde de Guapi, DENY YOLIMA SINISTERRA, en calidad de alcaldesa de Guapi, DANNY EUDOXIO PRADO GRANJA, en calidad de alcalde de Guapi, MARIA CONCEPCIÓN SERNA GACERA, en su condición de representante legal de la FUNDACIÓN PACÍFIC INTERNACIONAL y LINA MARÍA TRUJILLO PÉREZ, en su calidad de representante legal de la FUNDACIÓN CAMINO NUEVO, como presuntos responsables, mediante auto de apertura No. 421 del 23 de agosto de 2019. En el mismo acto administrativo, vinculó a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en virtud de la póliza de cumplimiento No. 430-47994000023710, la póliza de cumplimiento No. 430-47-994000021810 y la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 430-74-9940000008377.

En concordancia, el despacho profirió auto de imputación No. 366 del 28 de junio de 2023, mediante el cual imputó responsabilidad en contra de las personas antes señaladas y mantuvo vinculada a mi procurada, en virtud de las pólizas antes señaladas.

Una vez surtidas todas las etapas del proceso, se profirió Fallo Mixto No. 011 del 6 de diciembre de 2023, declarando la responsabilidad fiscal, a título de culpa grave, contra los señores FUNDACIÓN CAMINO NUEVO, LINA MARÍA TRUJILLO PÉREZ, FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL, MARIA CONCEPCIÓN SERNA GARCERA, YARLEY OCORO ORTIZ, WALTER DAVID ALDANA QUICENO y DANNY EUDOXIO PRADO GRANJA, en cuantía indexada de MIL NOVECIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$1.980.563.394).

Igualmente, declaró civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. únicamente respecto a la póliza de cumplimiento No. 430-47-994000023710 por valor de SETECIENOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTO CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS MCTE (\$794.646.205), esto, por las sumas aseguradas en los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo y cumplimiento, desconociendo la improcedencia jurídica y fáctica de afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, no sólo porque está plenamente acreditado que el contratista amortizó el anticipo por un valor de \$255.545.321, sino porque dentro de los riesgos asegurados no se encuentra la no amortización del anticipo.

Frente a dicha decisión, mi prohijada y los declarados como responsables fiscales interpusieron recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, el cual fue resuelto por Auto No. 283 del 10 de mayo de 2022, en el que se confirmó en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 002 del 18 de marzo de 2022 y se concedió el recurso de apelación interpuesto.

Dicho lo anterior, procedo a manifestar y dejar en evidencia los yerros de los que adolece el fallo con responsabilidad fiscal proferido en contra de mi representada, razones por las cuales deberá ser revocado:

### **III. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE IMPUTA A LOS VINCULADOS**

#### **3.1. LA CONTRALORÍA NO TOMÓ EN CONSIDERACIÓN QUE LOS CONTRATISTAS NO SON GESTORES FISCALES – NO SE ACREDITÓ QUE LA FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL ADMINISTRÓ O MANEJÓ RECURSOS PÚBLICOS**

En el fallo objeto de discusión, el ente de control fiscal arguyó que los contratistas pueden ser responsables fiscales y, en virtud de lo anterior, concluyó que la FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL fue gestor fiscal y se reunieron los demás elementos para atribuirle responsabilidad fiscal. Sin embargo, desconoció que de acuerdo con el concepto que se citó en el fallo, además de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha señalado que, si bien los contratistas pueden ser gestores fiscales, lo son únicamente cuando se les otorgan facultades de manejo o administración del erario público, requisito que no fue probado por el ente de control fiscal, de modo tal que no se cumplieron los elementos de la responsabilidad fiscal frente al contratista, considerando que éste no es gestor fiscal.

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

*“De acuerdo con los apartes destacados de la cita jurisprudencial, se podría afirmar que la gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados, en el presente caso por la entidad contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA , en los estrictos términos de la relación contractual cuestionada por el ente de control departamental, de manera tal que se está en presencia de un contrato estatal.*

(...)

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

(...)

*De igual manera, se llama la atención en el sentido de que no es que se esté desconociendo la responsabilidad fiscal que le puede llegar a asistir a un*

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

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

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

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

(...)

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

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

De tal manera, la Contraloría erró al afirmar que:

*En este orden de ideas y para poder determinar si los contratistas pueden o no ser tenidos como presuntos responsables, basta con traer los conceptos dados por la oficina Jurídica de la Contraloría General de la República sobre el particular, dependencia que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto de la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal de los contratistas mediante varios conceptos, entre ellos el No. OJ.EE 54418-06, **en el cual se concluye que los contratistas pueden ejercer gestión fiscal y pueden con sus actuaciones u omisiones incurrir en responsabilidad fiscal** (...)*

**Es claro entonces que un contratista puede ser tenido como presunto responsable en un proceso de responsabilidad fiscal como el presente**".

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

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

Ahora bien, al revisar la cláusula cuarta del Contrato de Obra Pública No. 428 de 2013 cuyo objeto fue “PAVIMENTACIÓN EN CONCRETO HIDRÁULICO DE LOS SECTORES COMPRENDIDOS ENTRE LA CARRERA CUARTA Y CARRERA SEGUNDA DEL MUNICIPIO DE GUAPI – CAUCA”, se evidencia que no hay ninguna obligación contractual a cargo del contratista con relación al manejo y administración de recursos públicos. Incluso, en el literal H se señaló:

*“CUARTA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES (...) OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Son obligaciones del CONTRATISTA, cumplir con el objeto del CONTRATO en las condiciones de tiempo, modo y lugar pactados conforme las cantidades, calidades, condiciones, precios y plazos pactados y conforme a lo asignado en la oferta, igualmente se obliga a cumplir con los requisitos exigidos en la Ley, especialmente a lo consignado en la Ley 80 de 1.993, la Ley 1150 de 2007 y sus disposiciones reglamentarias y especialmente a velar por la correcta ejecución del CONTRATO, y con lo previsto en el pliego de condiciones y su propuesta que hace parte integral del presente contrato y de lo siguiente: (...) **H. A desarrollar el objeto del contrato, utilizando recursos propios, con materiales adquiridos por él, de acuerdo con sus conocimientos y bajo su exclusiva responsabilidad, quedando exento el Municipio de Guapi – Cauca, de asumir obligaciones y compromisos que el contratista adquiera con terceros (...)**”*

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

### **3.2. LA CONTRALORÍA NO TOMÓ EN CONSIDERACIÓN QUE EN ESTE CASO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA SOBRE LA CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL**

Antes de esgrimir las razones por las que se considera que no existe certeza del daño patrimonial, es necesario advertir que la Contraloría no tomó en cuenta todas las pruebas obrantes en el plenario que acreditan el hecho de que la cuantía del presunto daño patrimonial es menor a la que se reconoció en el fallo y, en todo caso, no es atribuible al contratista. Así, debió tener en cuenta que la obra se suspendió el 27 de octubre de 2014 con un acta parcial que reconoció un avance físico del 40,81% y, a pesar de que en informes posteriores se adujo un avance real menor, se desconoció que el paso del tiempo es un factor que puede afectar el estado físico de las obras. Adicionalmente, la Contraloría imputó

un daño patrimonial por la totalidad de los rubros pagados al contratista, sin considerar ningún avance de obra y, asimismo, desconociendo que el contratista amortizó parte del anticipo con la primer acta parcial.

Al respecto, sea lo primero advertir que, 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 5º 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 al 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, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

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

En este sentido, también vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio **debe ser cierto** y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del mencionado fallo es el siguiente:

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

c. Como consecuencia de lo anterior, **la responsabilidad fiscal** no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza **es meramente reparatoria**. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.

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

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

“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última

<sup>1</sup> Ibídem.

*instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**".<sup>2</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

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

Igualmente, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU - 620 de 1996, consideró que el daño patrimonial es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, y que el mismo debe cumplir las siguientes características:

*"(...) Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, **debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud**. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio (...)".<sup>3</sup>*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, no podemos concluir de manera concreta y sin lugar a duda razonable que en el presente asunto se ocasionó la merma del erario público por el monto y bajo los argumentos que manifiesta el ente de control. De hecho, se observa que no se cumple con los requisitos exigidos, especialmente, el atinente a su certeza; toda vez que no se consideró que en el acta parcial No. 01 se reconoció un avance físico del 40,81%, en el cual se amortizó parte del anticipo, lo que significa que el presunto daño patrimonial es menor y, por lo tanto, no es por el valor total pagado al contratista, en tanto que hubo un 40,81% de las obras ejecutadas.

Incluso, subsidiariamente, debió tomarse en consideración que el Contrato de Obra No. 428 de 2013 fue liquidado mediante acta del 30 de mayo de 2019, en donde se reconoció que existía un saldo por ejecutar de \$794.358.446, lo que hace evidente la ausencia de fundamento fáctico y jurídico de la cuantía del daño patrimonial imputada por el ente de control fiscal, quien adujo que correspondía a los dos pagos realizados al contratista por valor de \$1.192.257.070, desconociendo las obras ejecutadas y que, incluso, fueron

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

<sup>3</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-620 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

reconocidas por la entidad en el acta de liquidación y, adicionalmente, en diferentes informes del ente de control fiscal, que reconocieron un avance físico real del 23%.

De esta manera, resulta evidente la falta de certeza del daño patrimonial, comoquiera que la Contraloría desconoció abiertamente las pruebas obrantes en el plenario, las cuales dieron cuenta que la obra tuvo un avance físico del 40,81% e, incluso, en el acta de liquidación del contrato se reconoció un saldo por ejecutar de **\$794.258.446**, por lo que es claro que no hay prueba de que el daño patrimonial ascienda a \$1.192.257.070, todo lo contrario, dentro del plenario hay pruebas que acreditan un presunto daño patrimonial menor que, como se entrará a exponer, no fue responsabilidad del contratista.

Sobre el particular, es importante aclarar que con los argumentos expuestos no se busca que la Contraloría le de plena veracidad a los documentos antes señalados, sino que se pretende evidenciar la falta de certeza sobre el daño patrimonial y, atendiendo a que la carga de la prueba está en cabeza del ente de control, este debe ceñirse a lo que está efectivamente acreditado dentro del proceso, en aras de garantizar el debido proceso que le asiste a los investigados.

Bajo esta óptica, es evidente que no existe daño patrimonial cierto, por lo que, al no probarse dicho elemento, es necesario REVOCAR el fallo con responsabilidad fiscal y absolver al contratista de las imputaciones fiscales.

### **3.3. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL CASO OBJETO DE ESTUDIO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, YA QUE NO SE CONFIGURÓ LA CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LA REPRESENTANTE LEGAL DE LA FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL**

Es preciso señalar que no existe culpa grave o dolo en cabeza de la representante legal de la FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL, pues tal y como fue reconocido por el ente de control fiscal, los incumplimientos en la ejecución de la obra fueron producto de una evidente falta de planeación de los funcionarios de la entidad contratante, quienes no cumplieron con su deber de realizar estudios y diseños previos, tanto así que el contrato se suspendió debido a que era necesario realizar ajustes al diseño de pavimento, suspensión que se tornó en indefinida. Así pues, es clara la ausencia de responsabilidad fiscal del contratista, teniendo en cuenta que los retrasos e incumplimientos en la obra son imputables única y exclusivamente a la entidad contratante por faltar a su deber de planeación.

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. Álvaro 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° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado**

**inexequible en la parte resolutive de esta Sentencia.**<sup>4</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de la representante legal de la FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL 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 mandado del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

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

*“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

*“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S.,*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

*Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).*<sup>5</sup>  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

*“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

**El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

*“[L]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa** (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)<sup>6</sup>.*

En otras palabras, para endilgar responsabilidad fiscal a las personas vinculadas como presuntos responsables, 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.

Ahora bien, al respecto, la Contraloría indicó que el daño patrimonial se fundamentó esencialmente en fallas en el deber de planeación, así:

*“Superados los argumentos de defensa presentados por los apoderados, del análisis que se pasa a hacer de la gestión irregular de la contratista y su representante legal, se ha demostrado en el particular, **que las fallas en la contratación y la génesis del hecho generador del daño radicarón en el proceso de planeación, pues los diseños de la obra presentaron irregularidades**, sobre lo cual es necesario señalar que la planeación es un principio de la actividad contractual y administrativa pública”.*

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Asimismo, fundamentó su imputación en que, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado, los particulares también tienen deberes en el cumplimiento del principio de planeación, concretamente, en advertir a la entidad sobre las deficiencias en este principio y, adicionalmente, abstenerse de celebrar contratos en los cuales existen fallas de planeación. Sin embargo, el ente de control fiscal no tuvo en cuenta que dicho deber de planeación no se aplica en la misma medida para los particulares, pues el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, en el cual se fundamentó la jurisprudencia señalada, indica que los contratistas colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y, bajo esta óptica, debe entenderse que el deber de planeación predicado de los particulares es de colaboración y, la finalidad con la cual se le ha imputado, es para evitar que, posteriormente, solicite indemnización de perjuicios o equilibrio contractual, a pesar de que tenía el deber de advertir las deficiencias del proceso contractual. Por lo anterior, la finalidad con que se atribuye el deber de planeación a los particulares no puede interpretarse, de manera alguna, a responsabilidad fiscal, menos aun si no está acreditado que el contratista es gestor fiscal, como en el caso que nos ocupa.

Sobre el particular, es importante señalar que en la doctrina se ha dicho lo siguiente con relación al deber de planeación de los particulares:

*“El Consejo de Estado ha expresado que los particulares, sobre todo aquellos que participan como contratistas del Estado, no solo tienen la obligación de poner de presente las evidentes deficiencias de planeación que sean advertidas, en orden a que las mismas puedan ser subsanadas oportunamente, sino que también se deben abstener de suscribir los contratos en los cuales se evidencien faltas en su planeación que impidan la cabal ejecución o cumplimiento del objeto contractual.*

**Lo anterior es de trascendental relevancia de cara a futuras reclamaciones, así lo ha dado a entender la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 28 de enero de 2016, expediente 34.454; de tal suerte que, en aquellas situaciones en que la desatención del contratista a las cargas y exigencias que impone el principio de planeación, y la omisión a la diligencia y rigor requeridos para la estructuración de su oferta, traiga como consecuencia la derivación de consecuencias económicas desfavorables para el mismo, dicho contratista no podrá invocar el rompimiento del equilibrio económico del contrato aduciendo, bien sea la teoría de la imprevisión, o la falta de planeación de la entidad, y mucho menos para soportar pretensiones resarcitorias a su favor; ello resulta comprensible, en la medida en que el contratista, como experto y conocedor de su marco de actividades, debió haber previsto las consecuencias negativas de la falta de rigor**

*y seriedad en la planificación de su oferta de obras, bienes y servicios a la entidad estatal*<sup>7</sup>.

Como vemos, aun cuando el Consejo de Estado ha dicho que los particulares también tienen deber de planeación, su desconocimiento tiene como consecuencia el no reconocerle un desequilibrio económico o indemnización de cualquier índole, precisamente, porque debió conocer y advertir las falencias en el deber de planeación de la entidad contratante. Sin embargo, no es posible interpretar que, de dicho deber de planeación, pueda derivarse responsabilidad fiscal del particular, toda vez que la ley 80 de 1993 es clara en advertir que dicho principio le compete a la entidad pública, de manera tal que un eventual daño patrimonial por este concepto es única y exclusivamente atribuible a aquella.

Incluso, la falta al deber de planeación fue reconocida en el acta de suspensión del 27 de octubre de 2014, la cual dio lugar a la suspensión definitiva del contrato, en donde se dejó claro que eran las deficiencias en los diseños las que causaron la suspensión y que no se pudiera continuar con la ejecución de la obra. Entonces, se encuentra que el fundamento de dicha suspensión fue el siguiente:

*“Con ocasión de la audiencia celebrada en la fecha, en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se hace necesario acudir al OCAD con el objeto de obtener la aprobación de un ajuste al proyecto, **toda vez que se hace necesario ajustar el diseño del pavimento, en consideración a las malas condiciones portantes y de humedad del suelo y las características de los materiales existentes en la zona, de igual forma para diseñar el manejo superficial de las aguas lluvias y la inclusión de obras complementarias y adicionales de los sistemas de acueducto**”.*

Así también lo reconoció el ente de control fiscal, como se señaló líneas atrás, por lo que es imposible atribuir responsabilidad fiscal al particular por deficiencias en el deber de planeación, toda vez que, si bien jurisprudencialmente se ha reconocido que los contratistas también tienen deber de planeación, esto es predicable en los casos en que estos pretendan indemnizaciones por sobrecostos o desequilibrio contractual, no pudiéndose interpretar analógicamente a procesos de responsabilidad fiscal, más aun en consideración a que el contratista, FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL, nunca tuvo funciones de administración o manejo de recursos públicos.

Entonces, de las actuaciones de la representante legal de FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL solo puede sustraerse diligencia y pericia, pues el convenio se venía ejecutando a cabalidad hasta el momento en que se evidenciaron fallas en la planeación

---

<sup>7</sup> RESTREPO TAMAYO, John Fernando y BETANCUR HINCAPIE, Guillermo León. Del principio de planeación en la contratación estatal: Un análisis teórico y fáctico en el orden jurídico colombiano. *Ius et Praxis* [online]. 2020, vol.26, n.2 [citado 2023-12-18], pp.104-124. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122020000200104&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122020000200104&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000200104>.

atribuibles única y exclusivamente a al entidad contratante, por lo que no puede haber responsabilidad fiscal del contratista en este caso.

Por lo anterior, al no haber prueba de la culpa grave o dolo de la representante legal de la FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL, deberá revocarse la decisión y fallarse sin responsabilidad fiscal.

#### **IV. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE ENDILGA A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

Es esencial que el ente de control fiscal tenga claro que la vinculación de la compañía aseguradora en este tipo de causas, debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de la póliza invocada para requerir su vinculación, siendo menester la sujeción a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal, para determinar si es o no procedente su vinculación.

Se recuerda que el único nexo que tiene la Compañía en el asunto fiscal, es por responsabilidad civil, precisamente en razón a que del contrato de seguro se deriva única y exclusivamente su participación en el proceso y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya lesiva para el erario público, por lo que su responsabilidad se circunscribe a una d tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

Ahora, teniendo en cuenta que el fallo con responsabilidad fiscal decidió declarar como tercero responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, con fundamento en la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento En Favor de Entidades Estatales No. 430-47-994000023710, la defensa de mi procurada se enfocará en orden a argüir su falta de cobertura por prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y no configuración de los riesgos asegurados en el amparo de anticipo.

##### **4.1. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE SE CONFIGURÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO**

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de

cumplimiento entidades estatales. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia hasta el 27 de octubre de 2014, fecha en la que se suscribió el acta de suspensión definitiva del contrato de obra No. 428 de 2013 y, de igual forma, el ente de control fiscal tuvo conocimiento del mismo el 27 de junio de 2018, fecha en la que se le trasladó el hallazgo fiscal 32, sin embargo, desde esta última fecha hasta que se profirió fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron cinco (5) años, 5 meses y 9 días, haciendo evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

*“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose*

**responder que sí**, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguro, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1° de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”<sup>8</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

(...)

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

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

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 250002324000200600428

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 surtirse primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.

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

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

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

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 18 de marzo de 2010.

*actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”<sup>10</sup>(Negrilla fuera del texto original).*

Adicional a lo anterior, debe considerarse que el Consejo de Estado ha mantenido una sólida y pacífica jurisprudencia con respecto a los extremos temporales en que se debe contabilizar el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, tratándose de la responsabilidad fiscal. Así las cosas, dicho término se cuenta a partir de **la ocurrencia de los hechos y/o el conocimiento de los mismos por parte del ente de control fiscal, hasta que se profiera fallo ejecutoriado de responsabilidad fiscal**, tal y como se indicó en los siguientes términos:

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”<sup>11</sup>.*

En otra oportunidad, se señaló:

*“En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, **por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha**, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que **“las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta”**.*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

**De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio** y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**<sup>12</sup>.

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento de los mismos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos ocurrieron el 27 de octubre de 2014, fecha en la que se suscribió el acta de suspensión, y de los mismos conoció la contraloría, tal y como ella misma lo reconoció, cuando se le dio traslado del hallazgo 32, lo cual sucedió el 27 de junio de 2018. Incluso, el ente de control fiscal realizó visita los días 10 al 14 de abril de 2018 al sitio de ejecución de las obras, por lo que allí pudo evidenciar su estado y el presunto daño patrimonial. Así las cosas, es desde que se tuvo conocimiento del hecho que se debe contar el término de prescripción y, en el caso de marras, los hechos se conocieron el 27 de junio de 2018 o, incluso antes, teniendo en cuenta que la visita fiscal se realizó en abril del mismo año.

Así pues, el término prescriptivo debe contarse a partir del 27 de junio de 2018 y hasta que se profirió fallo con responsabilidad fiscal, pues es en este momento que se afecta la póliza y se declara ocurrido el siniestro. De tal modo, los extremos temporales a considerar son

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

el 27 de junio de 2018 y el 6 de diciembre de 2023 y, entre estos años, transcurrieron en total 5 años, 5 meses y 9 días, haciendo evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en concordancia con el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia.

Conforme lo expuesto, se solicita al Honorable Juzgador Fiscal revocar el fallo con responsabilidad fiscal y proceder con la desvinculación de mi prohijada.

**4.2. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CONSIDERACIÓN QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA POR NO HABERSE CONFIGURADO NINGÚN RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO AL NO GARANTIZARSE LA NO AMORTIZACIÓN Y, EN TODO CASO, DESCONOCIÓ QUE SE AMORTIZÓ PARTE DE AQUEL Y QUE LOS AMPAROS NO SON ACUMULABLES**

Al revisar el fallo con responsabilidad fiscal, se evidencia que la Contraloría declaró como tercero civilmente a mi representada por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo al encontrar que el contratista sólo amortizó \$255.545.321 de los \$595.984.655 pagados a título de anticipo, sin embargo, con ello desconoció, en primera medida, que dentro de los riesgos asegurados en este amparo no se encuentra la no amortización del anticipo y, por tal razón, tenía la carga de acreditar que se configuró uno o varios de los riesgos asegurados, esto es, i) la no inversión del anticipo, ii) el uso indebido del anticipo y, iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo. En segundo lugar, desconoció que los amparos de la póliza de cumplimiento NO son acumulables por disposición del artículo 2.2.1.2.3.2.1 del Decreto 1082 de 2015, tornando imposible la afectación del amparo de cumplimiento y el de anticipo, como lo pretende la Contraloría y, por último, no tuvo en cuenta que el contratista amortizó \$255.545.321, por lo que no podía afectarse la totalidad de la suma asegurada, sino la proporción al valor no amortizado (a pesar de que este no es un riesgo asegurado en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo).

- **DENTRO DE LOS RIESGOS ASEGURADOS EN EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO NO SE ENCUENTRA LA NO AMORTIZACIÓN**

Para comenzar, es importante mencionar que el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubre a la entidad de los siguientes riesgos, los cuales están contemplados tanto en las condiciones generales de la póliza como en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015, a saber:

*“Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de:  
(i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo”.*

Como se observa, la norma es clara con relación a los riesgos asegurados en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, en donde no se incluye la no amortización. Lo anterior fue replicado en las condiciones generales de la póliza de la siguiente forma:

### **1.3 AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN AL ANTICIPO**

**EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DE (I) LA NO INVERSIÓN, (II) EL USO INDEBIDO Y (III) LA APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO. CUANDO SE TRATE DE BIENES ENTREGADOS COMO ANTICIPO, ÉSTOS DEBERÁN TASARSE EN DINERO EN EL CONTRATO.**

Así las cosas, es evidente que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, **lo que hace imposible su afectación por el mero hecho de no haberse amortizado el anticipo.** Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“Si el contratista no amortiza el anticipo, está incumpliendo una obligación a su cargo, pero de esta circunstancia no puede deducirse automáticamente –como lo hace el tribunal– que el contratista invirtió o manejó inadecuadamente el anticipo. Se itera que la regla general es que estas sumas se utilicen para cubrir los gastos que tiene el contratista al principio del contrato e impulsar la obra (construcción, montaje de campamentos, compra de equipos y materiales, etc.) y el anticipo tiene por finalidad entregarle una suma de dinero antes de que inicie la obra para que pueda realizarlos. **El hecho de que no ejecute la obra de acuerdo con el programa de inversión, que no facture y que por lo tanto no cumpla con la obligación de amortizar con cada cuenta, no evidencia –de ninguna manera– que haya invertido o manejado inadecuadamente el anticipo; razón por la cual tales circunstancias no autorizan a la entidad contratante a hacer efectiva la garantía, porque ellas no acreditan la ocurrencia del riesgo amparado**”<sup>13</sup>.*

En otra oportunidad, se adujo:

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

*“La Sala ha estudiado el alcance de coberturas en materia del anticipo. Así, el Decreto 4828 de 2008 contiene tres (3) coberturas: (i) la no inversión; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los bienes de la hayan entregado en calidad de anticipo. Esto permite aclarar que no puede indicarse que hubo apropiación indebida del anticipo. La normativa es clara en establecer que la apropiación indebida requiere que el contratista destine los bienes a un asunto ajeno de la ejecución contractual<sup>14</sup>”.*

Bajo esta óptica, es claro que no se configuró ninguno de los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, esto es, i) no inversión, ii) uso inadecuado o iii) apropiación indebida del anticipo, como se anticipó al inicio de este acápite, lo que hace turno implica la imposibilidad de afectar la póliza. Lo anterior, teniendo en cuenta que en virtud de la carga probatoria prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, la Contraloría debía acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía, sin embargo, no cumplió con ello.

Igualmente, es importante recordar que el Consejo de Estado hizo claridad respecto a los riesgos cubiertos en este amparo, así:

*“La doctrina ha explicado el punto de la siguiente manera:*

*Podemos definirlo (el amparo de anticipo) como el amparo mediante el cual la compañía de seguros se obliga a indemnizar al contratante asegurado por los perjuicios que sufra este por causas imputables al contratista garantizado, derivados de manera directa de los distintos riesgos que emanen del manejo de dineros o bienes entregados a este último a título de anticipo, los cuales, no están siempre cubiertos en su totalidad, de tal suerte que solo los que sean explícitamente nombrados estarán amparados, y los que no lo estén, valga la redundancia estarán excluidos...*

*Bien se trate de buen manejo, correcta inversión o uso, se busca indemnizar al asegurado por los perjuicios derivados de la destinación que el contratista haga del anticipo sin hacer honor a las reglas del contrato para tal fin, empleándolos para gastos que no estén relacionados con el objeto contratado, y/o dirigiéndolos de manera distinta a la pactada en el contrato garantizado, sin haberse apropiado de ellos....*

*La amortización es distinta de otros riesgos, y consiste como ya se había venido adelantando, en la devolución paulatina del anticipo por parte del contratista al contratante con corte a la facturación, normalmente conviniéndose que de cada factura emitida por el contratista se haga un descuento porcentual, hasta tanto el anticipo sea totalmente devuelto al contratante, es decir amortizado, entrando,*

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 58593 del 8 de septiembre de 2021, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

ahí sí, a formar parte del precio pactado en el contrato. **En tales condiciones, como la amortización del anticipo está referida a la ejecución de un porcentaje de la obra en la misma proporción, a menos que el asegurador asuma de manera expresa tal riesgo dentro del amparo de anticipo, la NO amortización, vale decir, la no restitución al asegurado de un porcentaje del anticipo igual al de obra equivalente, no es un riesgo asociado a la utilización del anticipo o su apropiación. (...) Puede agregarse que un anticipo puede no haber sido amortizado, pero sí correctamente utilizado e invertido.** Lo dicho, puesto que se trata como ya se adujo de riesgos distintos, en la medida en que la no amortización puede derivarse, por ejemplo, de un anticipo que sí tuvo la destinación que debía dársele conforme a las reglas contractuales, pero que por circunstancias imputables al contratista no se devolvió al contratante”<sup>15</sup>.

Como se observa, los riesgos cubiertos en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo están dirigidos a indemnizar a la entidad por la destinación inapropiada que haga el contratista de los recursos entregados a título de anticipo, desconociendo el plan de inversión y dirigiéndolos de manera distinta a la pactada. Sin embargo, la Contraloría de manera errada encontró factible afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo porque el contratista no amortizó la totalidad del anticipo, veamos:

*“Buen manejo y correcta inversión del anticipo 100%, el cual se encuentra cuestionado dentro del presente proceso, pues como se anotó, se pagó la suma de \$595.984.655 y **solo se amortizó \$255.545.321**”.*

Así pues, el ente de control fiscal encontró que debía afectarse el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo por no haberse amortizado este, pero, como se advirtió con la jurisprudencia citada, la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto dentro de dicho amparo, por lo que es evidente que la contraloría no cumplió con la carga prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, al no haberse acreditado la ocurrencia del siniestro (cualquiera de los tres riesgos cubiertos por el amparo), ni su cuantía.

- **NO SE TUVO EN CUENTA LO AMORTIZADO POR EL CONTRATISTA EN LA AFECTACIÓN DE LA SUMA ASEGURADA EN EL AMPARO DE BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO**

De igual manera, erró al afectar la totalidad de la suma asegurada en el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, pues pese a aceptar que el contratista “amortizó \$255.545.321”, derivó responsabilidad en mi representada, en virtud de dicho amparo, por un valor de \$595.984.654, desconociendo completamente lo amortizado por el contratista.

---

<sup>15</sup> Ibidem.

- **LOS AMPAROS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO NO SON ACUMULABLES**

Además de los yerros ya anotados, la Contraloría tampoco tuvo en cuenta que los amparos propios de la póliza de cumplimiento son excluyente y no acumulables entre sí, de modo tal que es imposible afectar simultáneamente el amparo de cumplimiento y el de buen manejo y correcta inversión del anticipo, como erradamente lo consideró la Contraloría.

Sobre el particular, conviene señalar que en el Decreto 1082 de 2015 se definen con claridad los riesgos cubiertos en cada uno de los amparos de una póliza de cumplimiento, así:

*“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:*

*1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.*

*(...)*

*3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:*

*3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*

*3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*

*3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y*

*3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria”.*

Así las cosas, las condiciones contenidas en la póliza están ampliamente reguladas por la normatividad, en atención a que con ellas se amparan los riesgos propios de la contratación pública que, a su vez, persigue los fines estatales y el bien común.

Pues bien, además de lo anterior, en el artículo 2.2.1.2.3.2.1. *ibidem* se indicó:

ARTÍCULO 2.2.1.2.3.2.1. Amparos. El objeto de cada uno de los amparos debe corresponder al definido en los artículos 2.2.1.2.3.1.6, 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.8 del presente decreto.

Los amparos deben ser independientes unos de otros respecto de sus Riesgos y de sus valores asegurados. La Entidad Estatal solamente puede reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor del amparo cubierto. **Los amparos son excluyentes y no se pueden acumular**".

En virtud de esta normativa, no es posible afectar dos amparos al tiempo, en la medida que no son acumulables y son excluyentes entre sí. A esta misma conclusión llegó el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos, en los siguientes términos:

**¡42. Mientras el amparo de cumplimiento propiamente dicho hace alusión al incumplimiento total o parcial del contrato, o a su cumplimiento tardío o defectuoso, el amparo de calidad y correcto funcionamiento se refiere a defectos que, aunque cumplido el objeto contractual en tiempo, se advierten con posterioridad a ello porque el objeto no cumple con las especificaciones requeridas y/o no funciona según lo pactado,** haciendo imposible el cumplimiento de las necesidades públicas que se pretendían satisfacer; de ahí que se afirme que aun cuando se hubiere recibido el bien a satisfacción, porque en ese momento cumplía con los requerimientos exigidos contractualmente, ello no significa que, si con posterioridad a ello se presentan defectos en su calidad y funcionamiento, el contratista no deba salir a su saneamiento; al contrario, no solo está en la obligación de hacerlo, sino que, además, por exigencia legal, debe amparar a la entidad pública frente al riesgo de incumplimiento de esa obligación.

(...)

44. En conclusión, aunque la garantía de cumplimiento a favor de las entidades públicas sea una sola, sus amparos son diversos y se asocian, asimismo, a distintas obligaciones de los contratistas, de manera que las entidades estatales deben ser cuidadosas al determinar el riesgo que se ha configurado y con fundamento en el cual pretenden hacer efectiva la garantía vertida en una póliza, **en tanto no es posible tomar el valor de un amparo, para cubrir el siniestro acaecido por la ocurrencia de un riesgo cubierto por otro.** Este aserto no se deriva, en exclusiva, de lo que en su momento mandaba el citado Decreto 4828 de 2008, sino que se estructura sobre la base misma de los elementos esenciales del contrato de seguro y, específicamente, del cumplimiento de la condición suspensiva que da lugar a que surja la obligación del asegurador, esto es, la ocurrencia del siniestro, que no es más que la materialización del riesgo amparado, que debe ser demostrada por el asegurado, en conjunto con la cuantía de la pérdida"<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 53318 del 18 de febrero de 2022, C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

En virtud de lo anterior, la Contraloría no podía afectar dos amparos al mismo tiempo, pues tanto el amparo de cumplimiento como el de buen manejo y correcta inversión del anticipo cubren riesgos distintos, por lo que son disimiles y excluyentes entre sí, tornando imposible que se puedan acumular para aumentar la suma asegurada, y desconociendo así la naturaleza de los amparos y, en general, las normas aplicables a las pólizas de cumplimiento.

Con todo, se tiene entonces que la Contraloría erró al afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo por varias razones: i) la primera de ellas, es que dentro de este amparo no se encuentra asegurada la no amortización del anticipo y, no habiendo acreditado la ocurrencia de ninguno de los riesgos amparados, es clara la imposibilidad de afectar dicho amparo; ii) la segunda razón, es que según las normas ya mencionadas, los amparos de la póliza de cumplimiento son excluyentes entre sí y no acumulables, por lo que no es posible afectar dos amparos al tiempo y, iii) la tercera razón, es que se afectó la totalidad de la suma asegurada, a pesar de reconocer que el contratista amortizó \$255.545.321, por lo que la responsabilidad de mi representada debía ser proporcional a lo no amortizado.

Así, es necesario revocar el fallo y, en caso de encontrar que la póliza cubre en el caso concreto, no afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo por las razones expuestas.

#### **4.3. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CONSIDERACIÓN QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA POR NO HABERSE CONFIGURADO EL RIESGO ASEGURADO EN EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO**

Sin perjuicio de los argumentos esbozados que enervan la responsabilidad fiscal endilgada, es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

Como se adujo con antelación, en la póliza vinculada se ampararon los siguientes riesgos con relación al cumplimiento del contratista, a saber:

## 1.2 AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

**EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CUBRE A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS DIRECTOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DEL CONTRATO, ASÍ COMO DE SU CUMPLIMIENTO TARDÍO O DE SU CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO, CUANDO ELLOS SON IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO. ADEMÁS DE ESOS RIESGOS, ESTE AMPARO COMPRENDERÁ EL PAGO DEL VALOR DE LAS MULTAS Y DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA QUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO GARANTIZADO.**

Como se advierte, en el contrato de seguro se pactó que su objeto era garantizar el pago de los perjuicios derivados de los incumplimientos imputables al contratista, no obstante, como se señaló al principio del presente escrito, todos los presuntos incumplimientos y atrasos en la obra fueron producto del desconocimiento e inaplicación del principio de planeación por parte de la entidad contratante, de modo tal que no se cumplieron ninguno de los presupuestos del amparo de cumplimiento y, en virtud de ello, es imposible afectar la póliza en el caso concreto por falta de cobertura.

Aunado a lo anterior, tal y como quedó señalado, el contratista no es gestor fiscal y, como el afianzado es la FUNDACIÓN PACIFIC INTERNACIONAL, en su calidad de contratista, es clara la ausencia de cobertura de la póliza, no sólo porque los incumplimientos contractuales no le son imputables, sino porque el contratista (y afianzado) no es gestor fiscal.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que revocar la decisión y desvincular a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal de marras.

## 4.4. LA CONTRALORÍA DEBERÁ CONSIDERAR EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO ÚNICAMENTE DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO

Sin perjuicio de lo anterior y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece:

**“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

Supremade Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”<sup>17</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda, debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la compañía de seguros que represento corresponde a la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza así:

GIRO DE NEGOCIO: CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA

DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO CUMPLIMIENTO	03/10/2018	03/08/2019	198,661,551.60
ANTICIPO	03/10/2018	03/08/2019	99,330,775.80
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA	03/10/2018	03/04/2022	99,330,775.80
		VER NOTA ACLARATORIA	198,661,551.60

En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito al Despacho considerar que la Póliza contempla unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de no revocar el auto y mantener la responsabilidad fiscal, que para el caso concretó, el valor del amparo de cumplimiento está limitado a la suma de CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS MCTE (\$198.661.551).

De igual manera, debe precisarse que en el presente asunto solamente se podría llegar a afectar el amparo de cumplimiento, en la medida que, como se señaló anteriormente, es imposible afectar el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, no solo por

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

no haberse acreditado ningún riesgo asegurado, sino porque no son acumulables. Al respecto, conviene recordar que el artículo 2.2.1.2.3.2.1. del Decreto 1082 de 2015 es claro en advertir que los amparos son independientes unos de otros respecto de sus riesgos, por lo que **son excluyentes y no se pueden acumular.**

De tal manera, comedidamente solicito que en el hipotético y remoto evento en que se mantenga vinculada a mi representada como tercero civilmente responsable, se afecte únicamente el amparo de cumplimiento y se tenga en cuenta la suma asegurada en el mismo.

## V. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 011 DEL 6 DE DICIEMBRE DE 2023**, notificado personalmente de manera electrónica el 11 de diciembre de 2023, proferido dentro del proceso de la referencia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño cierto causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se sirva **ABSOLVER** de toda condena a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, como tercero civilmente responsable, en la medida que la póliza No. 430-47-994000023710 no presta cobertura por los argumentos expuestos previamente.
- C. De manera subsidiaria, solicito comedidamente considerar las condiciones generales y particulares de la póliza de cumplimiento No. 430-47-994000023710, teniendo en cuenta que el único amparo eventualmente llamado a prosperar sería el de cumplimiento, de modo que la eventual condena debe limitarse exclusivamente a la suma asegurada en dicho amparo.
- D. Por último, subsidiariamente, solicito se conceda el recurso de apelación.

**VI. NOTIFICACIONES**

- El suscrito y mi representada recibirán notificaciones en la Calle 69 No. 4 - 48, oficina 502 de la ciudad de Bogotá y en la dirección de correo electrónico [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

Atentamente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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