

Señores,

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE YOPAL.

E.S.D

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICADO: 85001-33-33-003-2023-00086-00

DEMANDANTE: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A.

DEMANDADO: NACIÓN- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CASANARE.

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Cali, 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 la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, conforme al poder que reposa en el proceso, procedo a presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** dentro del proceso de la referencia, solicitando desde ya que se profiera SENTENCIA FAVORABLE PARA MI REPRESENTADA, desestimando las excepciones presentadas por la parte demandada; con base en las siguientes consideraciones:

L. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los hechos de la demanda, los cargos esgrimidos y los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, el despacho fijó el litigio en los siguientes términos: ¿Los actos administrativos sancionatorios proferidos por la entidad demandada, se encuentran viciados de nulidad al haber sido expedidos infringiendo las normas en que debían fundarse, falsa motivación al no demostrarse el presunto daño patrimonial y desconocer la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, además vulnerando el derecho de audiencia y defensa? - ¿En caso afirmativo hay lugar o no a acceder al restablecimiento del derecho pedido?

Se precisan los actos administrativos que se encuentran demandados conforme a lo señalado en el auto del 11 de diciembre de 2024:

- i) Fallo con Responsabilidad Fiscal Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. 2017-01241 del 13 de junio de 2022,
- ii) Auto No. 400 del 9 de septiembre de 2022, que resuelve recurso al Fallo No. 006 del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. 2017-01241,
- iii) Auto No. URF2-1315 del 19 de octubre de 2022, “POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA”.

II. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

A. ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS POR CUANTO NO SE SURTIÓ EN DEBIDA FORMA LA NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL – DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA.

En el caso concreto se desconoció el derecho de audiencia, defensa y el debido proceso de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA al no habersele notificado en debida forma el fallo con responsabilidad fiscal No. 006 del 13 de junio de 2022 y, consecuentemente, no permitirle la interposición de los recursos de reposición y apelación, dado que no se conoció oportunamente sobre el contenido de dicho fallo.

Al respecto, la notificación la consagra el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, donde se establece que:

*“ARTÍCULO 106. Notificaciones. En los procesos de responsabilidad fiscal que se tramiten en su integridad por lo dispuesto en la Ley 610 de 2000 **únicamente deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:** el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, el auto de imputación de responsabilidad fiscal y **el fallo de primera o única instancia;** para estas providencias se aplicará el sistema de notificación personal y por aviso previsto para las actuaciones administrativas en la Ley 1437 de 2011. Las demás decisiones que se profieran dentro del proceso serán notificadas por estado”.*

Asimismo, el artículo 56 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 10 de la Ley 2080 de 2021, dispone que:

“ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

(...)

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración”.

En virtud de lo anterior, el fallo de primera instancia proferido en el marco de un proceso ordinario de responsabilidad fiscal debía notificarse personalmente a los interesados en los términos de la Ley 1437 de 2011, donde se establece que se entenderá surtida la notificación electrónica con el certificado de la entidad estatal en donde conste fecha y hora en la que el administrado accede al mensaje.

Sin embargo, el Fallo No. 006 con Responsabilidad Fiscal fue expedido por la GERENCIA

DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CASANARE el día 13 de junio de 2022 y fue hasta el día 21 de junio de 2022, siendo las 16:07, cuando se remitió correo electrónico con asunto "NOTIFICACIÓN PERSONAL POR CORREO FALLO 006 PRF 2017-01241 SIGEDOC 2022EE0107041 (EMAIL CERTIFICADO de sec.comun.casanare@contraloria.gov.co) a la dirección electrónica notificaciones@solidaria.com.co. En la certificación de comunicación electrónica expedida por la empresa de mensajería 472, consta como fecha y hora de entrega el siguiente mensaje

Fecha y hora de entrega: 21 de Junio de 2022 (16:08 GMT -05:00)
Mensaje no entregado (adicionalmente, se recibió una notificación DSN con status SMTP '5.7.1', que según la organización IANA tiene el siguiente significado: 'Permanent Failure.Security or Policy Status.Delivery not authorized, message refused')

Entonces, es evidente que el ente de control fiscal no cumplió con las exigencias para la notificación personal de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA contenidas en los artículos 106 de la Ley 1474 de 2011 y 56 de la Ley 1437 de 2011, pues la comunicación del fallo de primera instancia debe hacerse personalmente y, atendiendo a que la entidad pretendió su notificación a través de medios electrónicos, debía cerciorarse de que mi representada recibiera el mensaje. No obstante, ignoró que este no fue entregado al correo electrónico y, por lo tanto, nunca se conoció del fallo con responsabilidad fiscal, impidiendo que la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA interpusiera los recursos procedentes dentro de los términos correspondientes.

Por lo anterior, se concluye que se desconoció el derecho de audiencia y defensa de mi prohijada al no permitirle interponer los recursos procedentes, como consecuencia de una indebida notificación, lo que consecuentemente implica la nulidad de los actos administrativos proferidos con posterioridad al fallo con responsabilidad fiscal.

B. ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LA NORMA EN QUE DEBÍAN FUNDARSE - ARTÍCULO 05 DE LA LEY 610 DEL 2000.

En el presente caso no se configuraron los elementos de la responsabilidad fiscal, por cuanto no se evidenció la existencia de un daño al patrimonio del Estado ni la clasificación de la conducta como lo exige la ley 610 del 2000, en tanto la GERENCIA DEPARTAMENTAL DEL CASANARE no acreditó con certeza la configuración del daño, teniendo en cuenta que:

1. La fundamentación del Ente de Control fue exclusivamente en el informe de supervisión No. 05 que certificó un avance contractual del 10%, a pesar de que en el expediente obran otros informes de supervisión que dan cuenta de un avance contractual de hasta el 50%.

Recordemos que, 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 (Art 5 Ley 610 de 2000 y Consejo de Estado,

11001-03-06- 000-2007-00077-00[1852]). No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso.

Al respecto, la GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CASANARE declaró configurada la responsabilidad fiscal en cabeza de ELMER GONZALEZ GONZALEZ,, OVIDIO GARCÍA CAMACHO y JOSUE ALEXANDER BOHORQUEZ PEÑA, en su calidad de representantes legales de ASOMAROQUIA; FERNANDO ANTONIO GOMEZ RISCANEVO, en su calidad de alcalde de Tamara y; FERNANDO VILLAMIL CORTEZ, quien actuó como supervisor del Contrato Interadministrativo No. 086 de 2013, al considerar lo siguiente:

“Es así que es un hecho conclusivo de las pruebas enlistadas en el título de PRUEBAS y retomadas aquí, que existe certeza a través del caudal probatorio que NO se obtuvo a favor del Municipio de Tamara, el objeto del Contrato Interadministrativo No. 086; Que el avance de ejecución del anticipo no correspondió a lo señalado en los 4 informes de Supervisión efectuados por FERNANDO VILLABIL CORTÉS; Se causó un daño al patrimonio del Estado correspondiente a la suma de dinero entregada en anticipo que representó la suma de CIENTO SIETE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS (\$107.980.811.00), sin embargo, como lo antara en el INFORME DE SUPERVISIÓN No. 5 que manifiesta la realización de algunas actividades que corresponden solamente al 10% de avance en la ejecución del contrato interadministrativo No. 086 del 28 de agosto de 2013”.

Dentro de las pruebas referidas se encuentra, principalmente, el informe de supervisión No. 05 suscrito por la ingeniera CLAUDIA YADIRA ROBLES, en el cual se adujo que el avance real del contrato correspondía al 10% y no al 50%, como se certificó en los informes de supervisión anteriores. Igualmente, refirió que en este documento se concluyó que dentro del contrato existían falencias como *“falta de información”, “textos con espacios con puntos suspensivos”, “ausencia de información de la totalidad de nacederos del municipio de Tamara”,* entre otras, las cuales consideró prueba suficiente para la configuración de la responsabilidad fiscal.

Adicionalmente, citó una entrevista suscrita entre SIMON ANDRÉS ALFONSO y ELIZABETH ORDOÑEZ MANCERA en la que, a pesar de arribar a conclusiones similares a las del informe de supervisión No. 05, no concluyeron enfáticamente que el avance real correspondía al 10%. Por último, hizo referencia al documento suscrito por la Subdirectora de Seguimiento y Evaluación Dirección de Vigilancia de las Regalías DNP, en el cual se afirmó que se incumplió con el plan de mejoras y la actualización de las pólizas, sin embargo, nuevamente, no se concluyó que el avance real del contrato haya sido del 10%.

Con todo, tenemos que el ente de control le otorgó pleno valor probatorio al informe de supervisión No. 05, con base en el cual falla con responsabilidad fiscal en contra de los imputados, ignorando completamente las pruebas aportadas por FERNANDO VILLAMIL

CORTÉS, ELMER GONZALEZ GONZALEZ, FERNANDO ANTONIO GOMEZ RISCANEVO y JOSUE ALEXANDER BOHORQUEZ PEÑA, que dan cuenta del avance certificado en los informes de supervisión suscritos por el señor FERNANDO VILLAMIL CORTÉS, esto es, un 50%. Incluso, el señor FERNANDO VILLAMIL CORTÉS aportó en medio magnético los entregables con base en los cuales se afirmó que el avance contractual correspondía al 50%. Pese a lo anterior, no se le otorgó valor probatorio a esta prueba, por presuntamente encontrarse dañado el archivo.

Por otro lado, si bien se adujo durante todo el proceso de responsabilidad fiscal que tanto los documentos contractuales, como los entregables, fueron *refundidos* en el municipio de Tamara, dicha situación no puede ser imputable al contratista, pues este cumplió con entregar los documentos pactados en el contrato que dan cuenta de un avance contractual de hasta el 50%.

En virtud de lo anterior, es claro que la Contraloría no logró acreditar en grado de certeza la configuración del daño patrimonial, en la medida que fundamentó su decisión únicamente en el informe de supervisión No. 05, con el cual se certificó un avance contractual del 10%, a pesar de que existían otras pruebas documentales que daban cuenta de que dicho avance correspondía a un 50% y no fueron tenidas en cuenta deliberadamente.

2. El Ente de Control Fiscal ignoró que el municipio de Tamara (Casanare) promovió medio de control de controversias contractuales en contra de la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DE LA AMAZONÍA Y DE LA ORINOQUÍA "ASOMAROQUÍA", el cual cursó en el Juzgado 002 Administrativo de Yopal y cuyo radicado es 85-001-33-33-002-2015-00453-00.

Existe decisión judicial de primera y segunda instancia, que declaró nulo absolutamente el contrato interadministrativo No. 086 de 2013 y, como consecuencia, se ordenaron las restituciones mutuas, esto es, la devolución del anticipo (40% del valor del contrato). Así pues, existe un título ejecutivo por medio del cual se puede perseguir la devolución del anticipo por parte del contratista y que no supone la declaratoria de responsabilidad fiscal, en tanto que durante dicho proceso judicial no se acreditó incumplimiento de parte suya, sino una causal de nulidad absoluta del contrato.

3. No se acreditó una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de ASOMAROQUIA, en tanto que los presuntos incumplimientos fueron consecuencia de fallas en la planeación del contrato atribuibles exclusivamente a la entidad contratante, lo que supuso reiteradas suspensiones a la espera de los resultados de otros contratos y cumplimiento de exigencias en materia ambiental.

Al respecto, se debe observar que en el expediente obra el informe de seguimiento realizado

por el SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS – SGR, SISTEMA DE MONITORIE, SEGUIMIENTO, CONTROL Y EVALUACIÓN SMSCE, con fecha 31 de octubre de 2014, el cual arribó a las siguientes conclusiones:

Análisis Técnico

" A la fecha se observa que se presentan retrasos en la ejecución de las actividades del proyecto, debido a la espera de resultados de los estudios que se adelantan en contratos y convenios suscritos por el Municipio con la Gobernación de Casanare y convenios suscritos entre entidades del orden Nacional, estudios los cuales hacen parte integral de la información soporte para la Formulación del EOT, por consiguiente se genera una falta de planeación por parte de la Alcaldía en el momento de la contratación para la ejecución física del proyecto ya que dependen de la información que se genera por agentes externos del contrato principal, para la realización del producto final del objeto contrato, dando a entender que estos estudios se incluyeron dentro de las actividades plasmadas en los estudios previos y el contrato".

...para la concertación del EOT con la corporación autónoma regional (CORPORINOQUIA), se debe dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto 1807 del 19 de septiembre de 2014 emitido por el Ministerio de Vivienda, al cual la Alcaldía informa que la totalidad de los requerimientos descritos en dicho decreto no se tenían contemplados dentro de la contratación suscrita con ASORINOQUIA por consiguiente para el cumplimiento de los mismos generan mayor costo del producto contratado y por consiguiente del proyecto aprobado, pero a la fecha el municipio no cuenta con los recursos respectivos y por consiguiente se encuentra en la consecución de los mismos.

Como se evidencia, los retrasos en la ejecución del contrato son atribuibles única y exclusivamente a la entidad contratante, quien faltó a su deber de planeación y no previó que contrato interadministrativo No. 086 de 2013 requería de los resultados de otros contratos para continuar con la ejecución de su objeto. Por lo anterior, se suscribieron sendas suspensiones que finalizaron con la terminación del plazo contractual del citado contrato el 24 de diciembre de 2014.

Por otro lado, tampoco es atribuible a ASOMAROQUIA que se hayan refundido los entregables que oportunamente radicó en el municipio de Tamara, Casanare, pues sus obligaciones se circunscriben a las pactadas en el contrato y de estas no se desprende que deba conservar dichos entregables en medio magnético o físico, más aún considerando que los derechos de autor sobre dichos entregables son exclusivos de la entidad contratante. Entonces, la Contraloría debió haber tenido en cuenta que los informes de supervisión 2 y 4 dieron cuenta de un avance contractual de un 50%, como consecuencia de la radicación de dichos entregables y, si estos se perdieron en las instalaciones de la alcaldía, de manera alguna puede imputarse al contratista.

Conforme lo anterior, en ningún escenario la conducta de los representantes legales de ASOMAROQUIA 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 que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, por lo que resultaba improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal.

C. ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LA NORMA EN QUE DEBÍAN FUNDARSE - ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

El Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros en el artículo 1081 del C.Co, el cual establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo de las acciones derivadas del contrato de seguro, sino también respecto del momento a partir del cual debe efectuarse la contabilización del término prescriptivo.

***“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)

Así entonces, se observa que en el caso concreto, los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal tuvieron ocurrencia el día 24 de diciembre de 2014, fecha para la cual terminó el plazo contractual del contrato interadministrativo No. 086 de 2013 y los mismos fueron conocidos por la CONTRALORÍA - GERENCIA DEPARTAMENTAL DE CASANARE el 30 de junio de 2016, mediante el traslado del hallazgo fiscal, sin embargo, no fue sino hasta el 13 de junio de 2022 que se declaró el siniestro, declarando civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, habiendo transcurrido más de cinco (5) años desde que tuvo conocimiento de los hechos, lo que hace evidente la configuración de la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

De esta manera, es evidente que estamos ante una clara infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza, pese a que ya habían transcurrido más de cinco años desde que se tuvo conocimiento de los hechos hasta la declaratoria del siniestro.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que el plazo máximo para hacer efectiva la póliza de seguro sin superar el lapso de tiempo consagrado en el artículo 1081 del C.Co esto es, de 5 años, es totalmente claro que los actos administrativos deben ser anulados, al haber sido expedidos infringiendo una norma imperativa de orden público contenida del Estatuto Mercantil. En efecto, no se puede hacer efectiva una póliza de seguro cuando sus acciones ya se encuentran prescritas.

D. ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LA NORMA EN QUE DEBÍAN FUNDARSE Y EXISTENCIA DE FALSA MOTIVACIÓN - SE DESCONOCIÓ QUE NO SE CONFIGURÓ NINGUNO DE LOS RIESGOS ASUMIDOS EN LA PÓLIZA.

Para el análisis del presente ítem, debe manifestarse 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 están expuestos 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.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.¹*

Específicamente, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 605-47-994000024875, cuyo tomador fue la ASOCIACIÓN REGIONAL DE MUNICIPIOS DE LA AMAZONÍA Y LA ORINOQUÍA, y el beneficiario el MUNICIPIO DE TAMARA. Igualmente, en su carátula se estipularon los riesgos amparados y la suma asegurada, así:

DESCRIPCION AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
CONTRATO			
CUMPLIMIENTO	28/08/2013	29/10/2014	21,596,162.20
ANTICIPO	28/08/2013	29/10/2014	107,980,811.00
PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	28/08/2013	30/06/2017	21,596,162.20
CALIDAD DEL SERVICIO	28/08/2013	30/06/2015	43,192,324.40
BENEFICIARIOS			
NIT 800099431 - MUNICIPIO DE TAMARA			

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

Sin embargo, al momento de proferirse el fallo con responsabilidad fiscal, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro antes referidas. Con relación a ello, basta con advertir que en el fallo con responsabilidad fiscal se afectó el amparo de anticipo, el cual cubre los siguientes riesgos:

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.

En este sentido, se afectó dicho amparo por considerar que ASOMAROQUÍA no amortizó el anticipo correspondiente al 40% del valor total del contrato, tal y como se evidencia a lo largo del fallo con responsabilidad fiscal. No obstante, lo que el ente de control fiscal desconoció es que la no amortización del anticipo no es un riesgo cubierto por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, así:

*“Para la Sala es claro que lo que cubre el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo son los perjuicios derivados del incumplimiento de estas obligaciones **y no de la obligación de amortizar el anticipo, si dicha obligación no fue amparada expresamente por la Compañía de Seguros**. Igualmente es claro que existe una diferencia entre este amparo (buen manejo y correcta inversión del anticipo) y el amparo de cumplimiento, el cual garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, y que en el caso concreto cubrió el pago de la cláusula penal que asumió la Compañía de Seguros.*

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, 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”²

Lo anterior fue reiterado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, así:

“En este orden, contrariamente a lo expuesto por la recurrente, el tribunal no erró en la interpretación el pacto Radicación n° 11001-31-03-001-2015-01057-01 18 asegurador, en tanto que, como se anotó, el riesgo consistente en la falta de amortización del anticipo difiere de los riesgos de mal uso o apropiación indebida, por lo cual no resulta de recibo asimilarlos, como lo propone el reproche casacional”¹³

Se tiene entonces que el ente de control fiscal no motivó adecuadamente la vinculación de mi representada en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2017-01241 por cuanto desconoció que dentro de los riesgos cubiertos por el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo no se encuentra la no amortización del anticipo. De haber realizado dicho análisis, se habría llegado a la conclusión de que no es posible afectar la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales, al no haberse configurado el riesgo asegurado.

III. SOLICITUD

De conformidad con lo expuesto en precedencia, solicito al JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE YOPAL, se sirva DECLARAR LA NULIDAD total de los siguientes actos administrativos, proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2017-01241:

- 1) Fallo con Responsabilidad Fiscal Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. 2017-01241 del 13 de junio de 2022,
- 2) Auto No. 400 del 9 de septiembre de 2022, que resuelve recurso al Fallo No. 006 del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. 2017-01241,

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 47760 del 3 de noviembre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia SC2840-2022.

- 3) Auto No. URF2-1315 del 19 de octubre de 2022, "POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA".

Así mismo, solicito como consecuencia de lo anterior, i) se **DECRETE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** al que haya lugar, incluyendo el pago de toda suma de dinero que se hubiese cancelado por parte de mi representada con ocasión de tales actos administrativos, ii) se ordene **RESTITUIR** a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., la totalidad de los valores que ella haya pagado, desembolsado o cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en virtud de los hechos expuestos en el PRF 2017-01241, iii) **PAGAR** a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., la suma correspondiente a los intereses moratorios y en subsidio los comerciales sobre las sumas de dinero que ellas hayan pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, réditos que deberán liquidarse a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999 con ocasión del Seguro cumplimiento No. 605-47-994000024875, expedido por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas anteriormente indicadas.

No siendo otro el motivo de la presente,

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.

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