

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA – SUBSECCIÓN B

Atn. Dr. OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO: 25000 – 23 – 41 – 000 – 2022 – 01309 – 00
DEMANDANTE: FERRETERÍA CAMACHO Y CIA. S.A.S.
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
TERCERO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

REFERENCIA: SOLICITUD COMO LITISCONSORTE CUASINECESARIO – arts. 62 CGP y 224 CPACA.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, representada legalmente por el Doctor José Iván Bonilla Pérez de conformidad con el poder especial que se adjunta; concurre ante su despacho para manifestar que **ACEPTO** el poder a mí otorgado y en ejercicio de tales facultades, **SOLICITO** respetuosamente que se tenga a mi representada como **LITISCONSORTE CUASINECESARIO DE LA PARTE ACTIVA** en la demanda de la referencia y, subsidiariamente, como **COADYUVANTE DEL DEMANDANTE**, con fundamento en los artículos 71 del Código General del Proceso y 224 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme a las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico.

Lo anterior, sin perjuicio de la solicitud de acumulación de procesos que mediante escrito separado fundamento, y que se radica dentro del término concedido para el pronunciamiento en el presente asunto.

I. **OPORTUNIDAD Y TIPO DE INTERVENCIÓN**

En primera medida, debe señalarse que la figura procesal correspondiente para la intervención de mi representada dentro del proceso judicial no puede ser otra que la del

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

LITISCONSORCIO CUASINECESARIO de la parte activa, comoquiera que, si bien los efectos jurídicos de la sentencia se extienden a aquella por la relación sustancial con el demandante, su intervención no es necesaria para integrar el contradictorio y, por consiguiente, dictar sentencia.

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en pacífica y reiterada jurisprudencia, en la cual se advierte que las aseguradoras en el marco de los contratos estatales son litisconsortes cuasinecesarios cuando se discute la legalidad de los actos administrativos que declaran el siniestro, como en el caso. En este sentido, se ha afirmado:

“La Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario. (...) Como puede verse, en un caso como el analizado, no era necesario citar al proceso al contratista, ya que la relación que comparte con la aseguradora se enmarca en un litisconsorcio cuasinecesario”¹.

En la misma medida, es necesario aclarar que para ser reconocido como litisconsorte cuasinecesario, se debe acreditar la relación sustancial por la cual puede verse afectado por los efectos de la sentencia y, asimismo, que no operó el fenómeno de la caducidad del medio de control. De este modo, el Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo ha dicho:

“Resulta válido concluir que la persona que pueda verse afectada, favorable o desfavorablemente, con los efectos de la sentencia, se encuentra facultada para acudir al proceso mediante esta figura procesal. Precisado lo anterior, debe señalarse que para que el litisconsorte cuasinecesario pueda intervenir en el proceso con todas las prerrogativas de la parte activa -y así ejercer pretensiones propias-, su vinculación en tal calidad debe solicitarse antes de que opere el fenómeno procesal de la caducidad. (...) el estudio de las pretensiones del litisconsorte cuasinecesario está condicionado, desde el punto de vista procesal, por la presentación oportuna de la solicitud, la cual, en el presente caso, no es otra distinta a que se efectúe dentro del término de caducidad para el ejercicio del

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 29857, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

medio de control de controversias contractuales. Dicho de otra manera, una interpretación armónica de las disposiciones normativas citadas en precedencia, bajo la óptica de su filosofía y del alcance que pretende, permite establecer que la formulación de pretensiones por parte de los litisconsortes cuasinecesarios del extremo activo de la controversia está supeditada al ejercicio oportuno de su derecho de acción, es decir, dentro del término de caducidad previsto en la norma para el medio de control al que se acuda en cada caso, el cual para la presente controversia es de naturaleza contractual”².

Con base en las anteriores premisas, se tiene que LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Entidades Estatales No. 825-47994000000652 en el marco del Contrato de Compra-Servicio No. 579362. Luego de ello, se inició un proceso de Responsabilidad Fiscal bajo radicado N°2016-01189, en donde además de imputar responsabilidad fiscal en contra de FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S, se afectó la póliza en mención al declarar en calidad de tercero civilmente responsable a mí representada. Entonces, teniendo en cuenta que este acto administrativo está siendo controvertido en el presente proceso, la aseguradora está legitimada para intervenir en el mismo mediante la figura procesal de LITISCONSORCIO CUASINECESARIO.

Tan es así que mediante Auto No. URF – 1075 del 20 de octubre de 2021 se resolvió el grado de consulta confirmando el fallo No. 0009 del 22 de julio de 2021 en su integridad, en donde se ordenó confirmar la declaratoria como tercero civilmente responsable a mí representada. Lo anterior, hace evidente la relación jurídico-sustancial y el interés directo de LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., con los resultados del presente proceso judicial.

Se aclara también, que el día 07 de enero de 2022 fue radicada la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual, por reparto le correspondió a la Procuraduría 136 Judicial II para asuntos administrativos, audiencia que fue celebrada el 01 de abril de 2022. Agotando en tal sentido el requisito de procedibilidad del medio de control.

Sin perjuicio de los argumentos antes esgrimidos y considerando el evidente interés o relación sustancial de LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en los resultados del proceso, en caso de que el despacho encuentre que no se cumplen los requisitos para tenerla como litisconsorte cuasinecesario, resultaría entonces procedente que se le tuviera como COADYUVANTE de la parte actora, a luz de lo dispuesto en el

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 52378 del 14 de septiembre de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón.

artículo 71 del Código General del Proceso.

Por otro lado, la presente solicitud se presenta dentro del término contemplado en el artículo 224 del CPACA, esto es, “*desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial*”, comoquiera que, por proveído del 12 de octubre de 2023, el despacho admitió la demanda, de modo tal que actualmente la demanda se encuentra en traslado para su contestación y aun no se ha proferido auto que fija fecha para audiencia inicial.

II. PRETENSIONES

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD PARCIAL** del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 009 del 22 de julio del 2021 proferido por la Contraloría General de la República, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2016-01189, concretamente, el NUMERAL TERCERO de su resuelve por medio del cual se decidió DECLARAR COMO TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en virtud de la Póliza No. 825-47-994000000652, por sus amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.

SEGUNDA: Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD PARCIAL** del Auto No. 1036 de fecha 13 de septiembre de 2021 proferido por la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para Responsabilidad Fiscal, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 009 del 22 de julio del 2021, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2016-01189, confirmando en su integridad dicha decisión. Lo anterior, en lo atinente a la declaratoria como tercero civilmente responsable a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud de la Póliza No. 825-47-994000000652, por sus amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.

TERCERA: Que una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD PARCIAL** del Auto URF 1075 del 20 de octubre del 2021 proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 2 de la Unidad de Responsabilidad Fiscal, por medio del cual se resolvió el grado de consulta y los recursos de apelación formulados en contra del Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 009 del 22 de julio del 2021, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2016-01189, en lo que respecta a su artículo segundo que

confirmó la decisión de declarar como tercero civilmente responsable a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA en virtud de la Póliza No. 825-47-994000000652, por sus amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados..

CUARTA: Que una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD PARCIAL** de los demás actos administrativos que los integren, aclaren, adicionen, modifiquen, les sean accesorios, consecuentes o subsiguientes; proferidos dentro del expediente PRF 201601189, en lo que corresponde a la declaratoria como tercero civilmente responsable a la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud de la Póliza No. 825-47-994000000652, por sus amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados..

QUINTA: Que, además de nulitados los actos administrativos descritos, se **ORDENE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** al que haya lugar, incluyendo el pago de toda suma de dinero que se hubiese efectuado por parte de mi representada con ocasión de tales actos administrativos, en concreto de lo siguiente:

1. La suspensión de toda la actuación administrativa de los Actos Administrativos aquí reprochados, precisando que estos, ni ningún acto administrativo en que se hubiere sustentado las decisiones allí advertidas, hace las veces de título ejecutivo y, en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva, por lo que ruego se ordene a la demandada, abstenerse de librar mandamiento de pago de los actos impugnados.
2. Que los actos administrativos demandados fueron proferidos con infracción de las normas en que debieron fundarse y falsa motivación, de acuerdo con los argumentos expuestos en el acápite de conceptos de violación. Es decir, que se profirieron ordenando la efectividad del seguro cuando se había configurado el fenómeno de la prescripción ordinaria y extraordinaria del contrato de seguro, igualmente, se ordenó la afectación de dos amparos que son excluyentes entre sí.
3. Que se declare que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar el Seguro de cumplimiento No. 825-47-994000000652., expedidas por ella, por el monto que señaló el Ente de Control Fiscal, toda vez que acaeció la prescripción extintiva de la acción derivada del contrato de seguro; y que tampoco está obligada a afectar el Seguro de cumplimiento No. 825-47- 99400000065 por el monto que señaló el Ente de Control Fiscal, porque no se puede afectar al mismo tiempo los amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.

SEXTA: Que 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 2016-01189 con base en la póliza de Seguro de cumplimiento No. 825-47994000000652.

SÉPTIMA: 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. 825-47-994000000652, 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.

SÉPTIMA SUBSIDIARIA: En subsidio de la pretensión anterior, se **CONDENE** a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA a pagar a mi representada las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, debidamente indexadas.

OCTAVA: Prevenir a las demandadas para que den estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad con los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

NOVENA: Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

III. HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES

En este capítulo se presentarán los hechos en los que encuentra fundamento esta solicitud de intervención como litisconsorte cuasinecesario, conservando una estructura lógica en cinco (5) acápite:

- Hechos generales.
- Hechos relacionados con la expedición del fallo con responsabilidad fiscal del PRF 2016-01189.
- Hechos relacionados con la expedición de los actos administrativos dentro del PRF 2019-01189 con desconocimiento con violación de norma superior y a través de una falsa motivación, por cuanto las acciones derivadas del contrato de seguro prescribieron en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio.

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

- Hechos relacionados con la expedición de los actos administrativos con violación a norma superior y a través de una falsa motivación, por cuanto se desconoció lo dispuesto por el Decreto 4828 del 2008, Decreto 734 de 2012, Decreto 1510 de 2013 y Decreto 1082 de 2015, toda vez que no se puede afectar simultáneamente el amparo de Cumplimiento y de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.
- Hechos relacionados con la inexistencia de realización de riesgo asegurado por el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.

3.1. HECHOS GENERALES

PRIMERO: El 8 de febrero de 2011 ECOPETROL S.A., dio apertura al concurso abierto No. 45570 con la finalidad de contratar la “COMPRA DE TUBERÍA DE ACERCO PARA LOS MÚLTIPLES DEL SISTEMA DE RECOLECCIÓN DE LAS ESTACIONES CASTILLA 2 Y ACACÍAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE OPERACIONES CASTILLA CHIMENE DE ECOPETROL”

SEGUNDO: El 13 de abril de 2011 ECOPETROL otorgó el Concurso abierto No. 45570 a la sociedad FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA LTDA (actualmente FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S.) identificada con NIT 800.036.246-2 por un valor total de \$1.678.289.819 Cop.

TERCERO: En fecha del 15 de abril de 2011 ECOPETROL S.A., emitió a favor de la FERRETERÍA CAMACHO la Orden de Compra-Servicio No. 579362 por valor de \$1.678.289.819 Cop. Y respectivamente se estipuló como plazo de entrega el 12 de julio de 2011.

CUARTO: Para garantizar el cumplimiento de la entrega y calidad de los bienes objeto de la relación comercial entre ECOPETROL S.A. y FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S., en virtud de la Orden de Compra-Servicio No. 579362 se suscribió la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 825-47-994000000652 que otorgó los siguientes amparos:

Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 825-47-994000000652			
Amparos	Vigencia		Valor
	Desde	Hasta	
Cumplimiento	20/04/2011	19/08/2011	\$194.681.619
Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados	20/04/2011	19/07/2012	\$194.681.619

Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

QUINTO: El alcance y definición del amparo de cumplimiento fue dado en las condiciones del contrato de seguro de la siguiente manera:

“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.”

SEXTO: De acuerdo con la definición y alcance del amparo de Cumplimiento, aquel amparó los perjuicios que se pudieran causar a la entidad estatal asegurada por el incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales a cargo de FERRETERÍA CAMACHO.

SÉPTIMO: En igual sentido, el alcance y definición del amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados fue dado en las condiciones del contrato de seguro de la siguiente manera:

“1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD”.

OCTAVO: De acuerdo con la definición y alcance del amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, aquel amparó los perjuicios que se pudieran causar a la entidad estatal asegurada por incumplimiento atribuible al incumplimiento de normas técnicas, deficiencias o mala calidad de los productos entregados. Amparo que nace a la exigibilidad jurídico con la firma del acta de entrega y

Cali - Av. 69 No. 48 Of. 502, Ed. Buro 69
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

recibo a satisfacción.

NOVENO: En fecha del 27 de abril de 2011 ECOPETROL informó a FERRETERÍA CAMACHO la modificación de fecha de entrega. Señalando como nuevo plazo para entrega de los bienes el día 18 de julio de 2011.

DÉCIMO: En la fecha estipulada la FERRETERÍA CAMACHO realizó la entrega a ECOPETROL S.A., de los bienes adquiridos a través de la Orden de Compra-Servicio No. 579362.

DÉCIMO PRIMERO: Los elementos objeto de la Orden de Compra-Servicio No. 579362 se entregaron a ECOPETROL, sin embargo, no se suscribió acta de recibo a satisfacción.

DÉCIMO SEGUNDO: Posterior a la entrega de los materiales, el 3 de noviembre de 2011 ECOPETROL presentó inconformidades por problemas de calidad de la tubería recibida, por cuanto "...se observó (sic) gran defecto logia por efectos de mala manipulación de la tubería durante el proceso de transporte" (...) "Es muy repetitivo la cantidad de defectología por poros del recubrimiento "pinholes", en la mayoría de la tubería inspeccionada. (...) (...) "Se deben tomar las medidas específicas de aplicación de un nuevo sistema de recubrimiento el cual reemplace el existente en la tubería, de acuerdo con las exigencias a la cuales se someterá la tubería y propias del proyecto en el que se utilizara."

DÉCIMO TERCERO: En fecha del 06 de diciembre de 2011, ECOPETROL S.A., entregó listado de no conformidades respecto del suministro de la tubería y sus recubrimientos.

DÉCIMO CUARTO: En fecha del 10 de abril de 2012, ECOPETROL S.A., puso de presente al contratista FERRETERÍA CAMACHO el incumplimiento de las obligaciones derivadas de dos órdenes de compra dentro de la cual se encontraba la No. 579362 objeto de esta litis, con base al informe de inspección 120202-NDHHDIM0101-02.

DÉCIMO QUINTO: En respuesta a la comunicación referida en el anterior numeral, FERRETERÍA CAMACHO, manifestó su desacuerdo, pues señaló el cumplimiento a las especificaciones requeridas en la Orden de Compra-Servicio.

DÉCIMO SEXTO: El 18 de diciembre de 2012 FERRETERÍA CAMACHO propuso a ECOPETROL la reparación y optimización al recubrimiento de tuberías.

DÉCIMO SÉPTIMO: En fecha del 29 de enero de 2013 ECOPETROL S.A. manifestó la aceptación a la propuesta del contratista para reparar los biseles de las tuberías.

DÉCIMO OCTAVO: En fecha del 14 de febrero de 2013 FERRETERÍA CAMACHO entrega el cronograma para inicio y ejecución de los trabajos de reparación de anomalías sobre la tubería suministrada.

DÉCIMO NOVENO: Pese a los requerimientos efectuados por ECOPETROL para la reparación de la tubería, y como quiera que la empresa contratista FERRETERÍA CAMACHO no cumplió con la reparación de la tubería. En fecha del 04 de abril de 2013 ECOPETROL S.A., envió comunicación al contratista advirtiéndolo el incumplimiento de los compromisos y el retiro de los materiales rechazados, y, en consecuencia, el incumplimiento de la Orden de Compra-Servicio No. 579362.

DÉCIMO OCTAVO: En fecha del 14 de febrero de 2013 FERRETERÍA CAMACHO entrega el cronograma para inicio y ejecución de los trabajos de reparación de anomalías sobre la tubería suministrada.

VIGÉSIMO: En virtud de los anteriores hechos se realizó hallazgo con incidencia fiscal derivada de la auditoría realizada a ECOPETROL S.A., para la vigencia fiscal del año 2013, remitido mediante oficio No. 2015IE0055306 del 26 de agosto de 2015, que posteriormente sirvió como base para iniciar el PRF 2016-01189.

3.2. HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF 2016-01189

PRIMERO: La **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, mediante Auto No. 08696 calendado el 16 de noviembre del 2016, decidió dar apertura al Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado bajo el expediente No. **PRF 2016-01189**, en contra de la sociedad **FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S.** y Otros, en calidad de presuntos responsables del supuesto menoscabo patrimonial que afectó a Ecopetrol S.A., con ocasión a presuntas irregularidades relacionadas con la Orden de Compra-Servicio No. 579362, celebrada entre Ecopetrol S.A., y la Ferreteria Camacho y CIA S.A.S.

SEGUNDO: El 11 de diciembre del 2020, mediante Auto No. 0658 del 3 de diciembre de 2020, la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – CONTRALORÍA DELEGADA PARA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO – UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES 2** ordenó la vinculación de la Compañía **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, al proceso de responsabilidad Fiscal No. 2016-01189.

TERCERO: De acuerdo con lo que se indica en el referido Auto, el Ente de Control decidió vincular al proceso a mi procurada, como tercero civilmente responsable en virtud del

Contrato de Seguro **expedido en fecha del 25 de abril de 2011** documentado en la Póliza de Seguro de cumplimiento No. **825-47-994000000652**, donde figura como garantizada/afianzada la sociedad FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A., como asegurado y beneficiario ECOPETROL S.A.

CUARTO: Mediante Auto No. 0712 del 18 de diciembre del 2020, se imputa responsabilidad fiscal en contra de **FERRETERÍA CAMACHO Y CÍA S.A.S.**, sociedad identificada con NIT. 800.036.246- 2, en su condición de contratista en virtud de la Orden de Compra-Servicio No. 579362 del 27 de abril de 2011.

QUINTO: En virtud del Auto No. 0712 del 18 de diciembre del 2020, se mantuvo a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. en calidad de tercero civilmente responsable, en relación con los hechos antes mencionados, en virtud de la póliza de Cumplimiento No. 825-47-994000000652 que tuvo como amparos el de cumplimiento y de calidad de los bienes de la Orden de Compra-Servicio No. 579362 de 2011. La vigencia del seguro contempló cobertura en sus amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados de la siguiente manera:

Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidades Estatales No. 825-47-994000000652			
Amparos	Vigencia		Valor
	Desde	Hasta	
Cumplimiento	20/04/2011	19/08/2011	\$194.681.619
Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados	20/04/2011	19/07/2012	\$194.681.619

SEXTO: Mediante Fallo No. 0009 del 22 de julio de 2021 la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA decidió de fondo el presente asunto ordenado entre otros:

*“(...) **TERCERO: DECLARAR** como tercero civilmente responsable a la siguiente Compañía Aseguradora, e **INCORPORAR** al presente Fallo con Responsabilidad, la póliza que se describe a continuación:*

ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, identificada con el NIT.: 860.524.654-6, en virtud de la Póliza Seguro de Cumplimiento de Entidades Estatales No. **825-47- 994000000652**, expedida el 25 de abril de 2011, siendo el afianzado la **FERRETERÍA CAMACHO Y CIA LTDA** hoy **FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S.**, y el asegurado y beneficiario la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS “ECOPETROL S.A.”**, por el amparo de Cumplimiento que cubre el

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

periodo comprendido entre el 20 de abril de 2011 hasta el 19 de agosto de 2011, con un valor asegurado de \$194'681.619, y el amparo de calidad del bien con vigencia desde el 20 de abril de 2011 hasta el 19 de julio de 2012, por el mismo valor; por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (...)"

SÉPTIMO: En fecha del 06 de agosto de 2021 Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., a través de su apoderado general GERMÁN LONDOÑO GIRALDO, interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación en contra del fallo con responsabilidad fiscal No. 0009 de fecha 22 de julio de 2021 proferido dentro del PRF 2016-01189.

OCTAVO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. sustentó el recurso de reposición y en subsidio de apelación, manifestando el acaecimiento de la prescripción del contrato de seguro y la imposibilidad de afectar simultáneamente el amparo de Cumplimiento y de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados por ser aquellas coberturas para momentos diferentes de las etapas contractuales. Es decir, el de cumplimiento mientras el contrato se encuentra en proceso de ejecución y se extiende a amparar el riesgo de incumplimiento, mientras que el amparo de calidad es un amparo post-contractual y cubre los perjuicios asociados a la calidad de los bienes entregados.

OCTAVO A: Respecto de la prescripción, es de señalar que transcurrieron más de dos años desde el momento en que el ente tuvo conocimiento de los hechos y se ordenó la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (16 de noviembre de 2018, fecha en que se profirió el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal), y la fecha del 18 de diciembre de 2020 en que se profirió el auto de imputación No. 0712. En tal virtud, como quiera que, para fecha del 16 de noviembre de 2018, fecha en que ya había operado la prescripción extintiva de la acción ordinaria derivada del contrato de seguro, no se había proferido acto administrativo que interrumpiera la prescripción, esta se materializó indefectiblemente, haciendo imposible la afectación de la póliza.

OCTAVO B: Por otro lado, respecto de los amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, es de advertir, tal y como se hizo en el respectivo recurso de reposición y apelación, que, resulta imposible afectar de forma simultánea el amparo de cumplimiento, que tiene naturaleza de garantía contractual, y el amparo de calidad, que tiene naturaleza de garantía post-contractual. Dicho de otra manera, resulta contrario a la naturaleza de los amparos, afectar aquellos que son disimiles entre sí, pues no se puede incumplir el contrato y al mismo tiempo no garantizar la calidad de los bienes entregado, puesto que no se incumple el contrato o no se entrega un bien

con la calidad contratada. En ese orden de ideas, como quiera que no se hizo acta de entrega a satisfacción de los bienes por parte de Ecopetrol no se puede afectar el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados al mismo tiempo que el amparo de Cumplimiento del contrato.

NOVENO: Mediante Auto No. 1036 del 13 de septiembre de 2021 se resolvió el recurso de reposición formulado Aseguradora Solidaria, el cual confirmó la decisión en todas sus partes y concedió los recursos de apelación, ordenando a su turno remitir el proceso a grado de consulta ante la Contraloría delegada Intersectorial No. 2, así:

***“PRIMERO: NO REPONER** el Fallo No. 009 de 22 de julio de 2021, proferido dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal de doble instancia No. PRF 201601189 y en consecuencia **CONFIRMAR** la decisión proferida, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: **CONCEDER** los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos por parte de la **FERRETERIA CAMACHO Y CIA S.A.S.**, y la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA** contra el Fallo No. 009 de 22 de julio de 2021 (...)*

DÉCIMO: No obstante, contrariando el ordenamiento jurídico comercial y constitucional, a través del Auto No. URF – 1075 del 20 de octubre de 2021 se resolvió el grado de consulta confirmando el fallo No. 0009 del 22 de julio de 2021 en su integridad. Además, se ordenó confirmar la declaratoria como tercero civilmente responsable a la aseguradora que represento, en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** el Fallo (mixto) No. 0009 del 22 de julio de 2021, proferido por la Dirección de Investigaciones No. 2, por el cual se Falló con responsabilidad fiscal en contra de **FERRETERÍA CAMACHO Y CIA S.A.S.** se declaró como tercero civilmente responsable a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, se Falló sin responsabilidad fiscal a favor de **ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERÍA S.A.S.** hoy **“SNC- LAVALINCOLOMBIA S.A.S. Y/O ITANSUCA S.A.S.”** y se desvinculó como tercero civilmente responsable a la Compañía de Seguros **LA PREVISORA S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

***ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** la decisión de declarar como tercero civilmente responsable a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, Nit 860.524.654-6 en virtud de la póliza de cumplimiento de entidades estatales No. 82547- 994000000652 expedida el 25 de abril de 2011, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.”*

Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

3.3. HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS DE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO PRESCRIBIERON EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

PRIMERO: El Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros. Régimen que se encuentra plasmado 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. 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)”.

SEGUNDO: La línea jurisprudencial del máximo tribunal administrativo ha sido absolutamente clara al establecer que el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser proferido por la administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que la entidad administrativa ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que claramente deberá configurarse dentro de la vigencia del contrato de seguro, y cuyo término coincide con el de la prescripción ordinaria de 2 años reseñada en el artículo 1081 del Código de Comercio³.

³ Sentencia de abril 22 de 2009. Exp. 14.667, C.P: Miryam Guerrero de Escobar. También en sentencia de octubre 6 de 2005. Exp. 7840, C.P: Camilo Arciniegas Andrade y sentencia de julio 11 de 2002. Exp. 0376, C.P: Gabriel Mendoza Martelo

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

En efecto, el tenor literal del fragmento más relevante de la sentencia citada reza de la siguiente manera:

“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento. Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que, sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

TERCERO: 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 del Consejo de Estado 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

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar; y, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Becerra Simancas.

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

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

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable...” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)⁵

CUARTO: Esa línea jurisprudencial ha sido reiterada por la misma corporación en reciente fallo del año 2020, en el que se realizó un importante recuento de los pronunciamientos del Consejo de Estado respecto de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en el marco de los procesos de responsabilidad fiscal, así⁶

“(…) Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal La Sección Primera de esta Corporación ha considerado que el artículo 1081 del Código de Comercio es aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, respecto de las compañías de seguros que son vinculadas como terceros civilmente responsables, por lo que las contralorías cuentan con un término de dos años, so pena de que opere la prescripción prevista en dicha norma, en los siguientes términos:

53.1. Sentencia de 18 de marzo de 2010, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 250002324000 2004 00529 012: “[...] Despachar esta imputación implica precisar si esa norma [artículo 1081 del Código de Comercio] 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 (sic) de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por

⁵ 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.

⁶ Consejo de Estado en sentencia de fecha 22 de octubre de 2020, dentro del expediente con radicado 25000-23-41-000- 201302417-01, demandante QBE SEGUROS S.A., demandada: Nación – Contraloría General de la República

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

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, 14 ebí 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. [...]

como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.

[...] Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente. 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 este no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica aquí sucedió’.

[...] 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 termino de caducidad previsto en el artículo 9° 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. Por consiguiente, el punto se ha de estudiar a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio.

2.2.3. Estudio del caso concreto 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 1° de mayo de 1998, por lo tanto solo 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”.

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en el 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 apelan 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 (1° de mayo de 1998), pone de presente que el termino 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.

En esas circunstancias es notoria la ocurrencia de la prescripción alegada por la actora, lo cual implica la anulación de la decisión tomada en su contra en el artículo tercero del referido fallo [...]” (Destacado fuera de texto).

53.2. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 250002324000 2006 00428 013:

“[...] De lo expuesto en la sentencia en cita es claro, entonces, que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal. El mencionado artículo 1081 establece: [...]

Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 ibidem para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta Última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso (Destacado fuera de texto).

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

53.3. Sentencia de 10 de septiembre de 2015, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 25000-23-24-000-2005-01533014: “[...] De acuerdo con las anteriores consideraciones, no cabe duda alguno (sic) en cuanto a que el termino de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C.Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon. [...]

Procede a continuación determinar los siguientes aspectos: i) si los hechos generadores de la responsabilidad fiscal y por tanto constitutivos del siniestro materia de amparo, acaecieron dentro de la vigencia de la póliza y ii) si el acto mediante el cual se declaró la responsabilidad civil de la aseguradora, debió dentro del término de los dos años del artículo 1081 del C.Co., contados a partir del momento en que la Contraloría haya tenido o tuvo conocimiento del hecho que dio fundamento a la acción, tal y como así lo establece la disposición legal citada, cuyo tenor literal es el siguiente: [...]

Según lo reseñado en precedencia, el termino de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del C.Co. para que opere la prescripción ordinaria empezó a correr para la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que esta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que en el presente caso aconteció el 19 de julio de 2000 cuando debió formalmente la investigación fiscal en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A. por lo que los dos años corrieron desde dicha fecha hasta el 19 de julio de 2002

En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de 2004, resulta evidente que expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo.

Como quiera que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsables afectando la póliza 396028, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción [...]” (Destacado fuera de texto).

53.4. Esta Sala de Decisión, en sentencia de 11 de octubre de 2019, proferida en

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

el proceso identificado con el número único radicación: 25000-23-24-0002007-00459-025, consideró lo siguiente:

“[...] en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción.

QUINTO: Para el caso de los contratos de seguro de cumplimiento, el riesgo amparado corresponde necesariamente al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Es a partir de ese momento que se presenta materialmente el siniestro, y, en consecuencia, a partir de allí se inicia el cómputo de los dos años del periodo prescriptivo.

SEXTO: Transcurridos los dos años sin que la entidad administrativa haya proferido el acto administrativo que declara el siniestro, no resulta factible exigir a la entidad aseguradora la indemnización, por cuanto habría operado el fenómeno de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

SÉPTIMO: La Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47-994000000652, cuyo beneficiario es ECOPETROL S.A., con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de agosto de 2011, para el amparo de cumplimiento. Y con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de julio de 2012, para el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados. Fechas que correspondían a la duración del contrato de suministro y dentro de las cuales la sociedad Ferretería Camacho, ha debido cumplir con sus obligaciones contractuales.

OCTAVO: A pesar de que el presunto incumplimiento del contratista ocurrió dentro de la vigencia de la póliza de seguro, la Contraloría General de la República contaba con dos años para ordenar la efectividad del seguro o por lo menos emitir auto de apertura del proceso fiscal. Es decir, la fecha máxima en la cual se han debido tener cumplidas o incumplidas las obligaciones por parte del contratista (19 agosto de 2011), para proferir cualquiera de las decisiones.

NOVENO: Sin embargo, fue solo es hasta el día 16 de noviembre del año 2016, pasados más de 5 años desde la fecha del incumplimiento, que la Contraloría emitió el fallo de apertura cuando se habían configurado ambas prescripciones del artículo 1081 del C de

Co., sin que mediara ninguna suspensión o interrupción del término prescriptivo antes de configurarse. De manea que, el hecho de haber desconocido las normas del Código de Comercio que señalaban la extinción de cualquier derecho que sobre el contrato de seguro se pudiera derivar, emerge clara la nulidad de la decisión, mediante la cual hizo efectiva la garantía de Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47-994000000652. Decisión que posteriormente fue confirmada a través del Auto No. 1036 del 13 de septiembre de 2021 y URF 1075 del 20 de octubre de 2021.

DÉCIMO: La Contraloría General de la República, tuvo o ha debido tener conocimiento del presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Orden de Compra-Servicio No. 579362, a más tardar el día 26 de agosto de 2015, fecha en que se remitió el hallazgo con incidencia fiscal derivada de la auditoría realizada a ECOPETROL S.A., para la vigencia fiscal del año 2013, remitido mediante oficio No. 2015IE0055306. Sin embargo, el término de prescripción del contrato de seguro no puede ser superior a 5 años. De manera que desde el incumplimiento o fin de la vigencia del amparo de cumplimiento transcurrieron 5 años, sin que si quiera se haya proferido auto de apertura.

DÉCIMO PRIMERO: Si bien el término de prescripción que debe aplicarse al caso bajo estudio, es el de prescripción ordinaria de dos años, de todas maneras en este asunto también se configuró el término de la prescripción extraordinaria teniendo en cuenta que, entre la finalización de la vigencia del contrato de seguro, es decir desde el 19 de agosto de 2011 y el 16 de noviembre de 2016, fecha que data el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal No.01189-2016, ya había transcurrido un periodo de tiempo superior a los 5 años para la configuración de la prescripción extraordinaria.

DÉCIMO SEGUNDO: Es evidente que estamos ante una clara violación de norma superior y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza, pese a que ya habían transcurrido más de dos años desde el incumplimiento con incidencia fiscal, así como también pasaron más de 5 años desde la ocurrencia del mismo, lo que demuestra con suma claridad la configuración de la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro. 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. es de 2 y 5 años respectivamente, 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.

3.4. HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS DE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LO DISPUESTO POR EL DECRETO 4828 DEL 2008, DECRETO 734 DE 2012, DECRETO 1510 DE 2013 Y DECRETO 1082 DE 2015 TODA VEZ QUE NO SE PUEDE AFECTAR SIMULTÁNEAMENTE EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO Y EL CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.

PRIMERO: El ente de control desconoció lo dispuesto por el Decreto 4828 del 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, el cual se encontraba vigente para el momento de los hechos (Hoy Decreto 1082 de 2015), por cuanto que no se puede afectar simultáneamente el amparo de Cumplimiento y el de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, pues dicha norma en su artículo 4 y en especial el artículo 15, lo regula de esta manera:

“Artículo 4°. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:

4.1.1 La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

4.1.2 La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

4.1.5 La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

Garantía de cumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del 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, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

4.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá 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 siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista.

4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

4.2.8 Calidad del servicio. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista

garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

4.2.9 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

Parágrafo. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

“Póliza de Seguro

Artículo 15. Condiciones generales de las pólizas que garantizan el cumplimiento de obligaciones. De conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, la póliza única de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes condiciones generales, aplicables según el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto:

15.1 Amparos

El objeto de cada uno de los amparos deberá corresponder a aquel definido en el artículo 4° del presente decreto. Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Estos no son acumulables y son excluyentes entre sí.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior quiere decir que cuando la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47- 994000000652, cuyo beneficiario fue ECOPETROL S.A., con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de agosto de 2011, para el amparo de Cumplimiento. Y con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de julio de 2012, para el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, se infiere de manera clara que los dos amparos son excluyentes entre sí y el ente de control desechando esta exclusión que existe entre estos dos amparos en el

Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

fallo 0009 del 22 de julio de 2021 y demás actos administrativos. Respecto de la decisión de declarar como tercero civilmente responsable a Aseguradora Solidaria de Colombia por los dos amparos anteriormente descritos, es decir, acumulándolos, cuando en la parte motiva no quedó clara la decisión, por consiguiente, los actos administrativos expedidos por este se encuentran viciados de nulidad.

SEGUNDO: De acuerdo con el contrato de seguro y el artículo 11 de la norma en comento, antes del inicio de la ejecución del contrato, será responsabilidad de la entidad contratante aprobar la garantía. La aprobación comprenderá la condiciones generales y particulares de la póliza.

“Artículo 11. Aprobación de la garantía de cumplimiento. Antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso”.

Por lo que la entidad contratante, en este caso ECOPETROL S.A, aprobó las condiciones generales y particulares del contrato de seguro No. 825-47-994000000652 y en ese sentido las exclusiones de cada amparo.

En este sentido y bajo el principio “Pacta Sunt Servanda” constituye ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro.

TERCERO: Ahora bien, si el despacho encuentra que está norma no tiene sustento, podemos acudir al Decreto 1082 de 2015, el cual es una versión Compilada del (Decreto 1510 de 2013 que deroga en su integridad el Decreto 734 de 2012 y este a su vez Deroga el Decreto 4828 de 2008), que en su artículo 2.2.1.2.3.2.1 dice lo siguiente:

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

En otras palabras, el ente de control con la expedición de los actos administrativos violó una norma superior y a través de una falsa motivación vinculó a mi representada en el proceso de responsabilidad fiscal 2016-01189, cuando de manera fáctica y jurídica no se probó la ocurrencia del siniestro, ni la cuantía de la pérdida y mucho menos se probó con claridad sobre cual amparo se afectó, pues lo que hizo fue acumularlos de manera

arbitraria. En consecuencia, los actos administrativos expedidos se encuentran viciados de nulidad.

CUARTO: En virtud de lo anterior, es importante indicar el alcance que tiene la cobertura de cumplimiento y según los artículos 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015 indican lo siguiente:

“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.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

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.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado. La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.”

“Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la

liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas:

- 1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.*
- 2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.*
- 3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato.*
- 4. Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este.”*

Es decir, que el amparo de cumplimiento es la cobertura básica de la garantía única de cumplimiento. Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios directos derivados de la ocurrencia de los siguientes riesgos:

1. Incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales.
2. Cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales.
3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y, además, la cobertura se extiende al pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

En principio, el valor asegurado del amparo de cumplimiento será como mínimo el equivalente a la cláusula penal pecuniaria, pero en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato. El requerimiento de este amparo aplica para todo tipo de contratos, obra, prestación de servicios, suministro, compraventa etc.

QUINTO: De igual manera, es necesario acudir al alcance que tiene el amparo de calidad, por lo que los artículos 2.2.1.2.3.1.7 numeral 7° y 2.2.1.2.3.1.16 de la misma norma en comento, se refieren de la siguiente manera:

*“Artículo 2.2.1.2.3.1.7 (...) 7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes.
Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.*

Así como el

“Artículo 2.2.1.2.3.1.16. Suficiencia de la garantía de calidad de bienes. La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.”

En otras palabras, el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes tiene por objeto cubrir a la entidad por los perjuicios imputables al contratista garantizado por los siguientes hechos:

1. La mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato. 2. El incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

El valor asegurado es determinado por la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

SEXTO: En el contrato de seguro aquí discutido, existen dos amparos que se excluyen entre sí, a saber, el de cumplimiento que como lo ha dicho la Honorable Corte Constitucional es:

“2.7. EL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

El ordenamiento colombiano consagra la garantía única de cumplimiento como mecanismo de mitigación de los riesgos propios de la contratación estatal, regido por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, y según la clasificación consignada en el artículo 1082 del Código de Comercio, ésta se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial.

Esta garantía debe estar presente en la mayoría de los procesos contractuales estatales y puede ser de tres tipos: póliza de cumplimiento, garantía bancaria y fiducia en garantía. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

El primero de estos, la póliza de cumplimiento, tiene como objetivo proteger al asegurado, en este caso, la entidad estatal y su patrimonio, de las sanciones o perjuicios que se deriven de un incumplimiento contractual. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Dentro del seguro de cumplimiento existen varios tipos de amparos, dentro de los cuales se encuentra aquel que ampara la seriedad de la candidatura cuyo

Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

propósito, como se dijo anteriormente, es el de cubrir al asegurado (entidad estatal) de las sanciones o los perjuicios que se deriven de la no obtención de al menos de la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de campaña de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, conforme el objeto del amparo cubierto”⁷

SÉPTIMO: Frente al amparo de calidad, Colombia Compra Eficiente lo ha definido como bienes tiene por objeto cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la Entidad Estatal recibe en cumplimiento de un contrato. De la siguiente manera:

“La garantía de calidad y correcto funcionamiento de bienes tiene por objeto cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la Entidad Estatal recibe en cumplimiento de un contrato. Son ejemplos de eventos que pueden dar lugar a afectar este amparo la mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.”

OCTAVO: Aseguradora Solidaria de Colombia emitió la póliza de seguro contentiva de los amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, con el siguiente alcance y cobertura:

“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.”

(...)

“1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-769-15. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalib. *Calidad de los Bienes y Equipos Suministrados*. Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69 +57 315 577 6200 - 602-6594075 +57 3173795688 - 601-7616436

TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD.”

NOVENO: Se puede inferir a primera vista, que los dos amparos son diferentes en cuanto a sus nociones, como también lo son en cuanto a su aplicación, toda vez que, si el contratista no entrega las obras en las condiciones técnicas contratadas, estamos ante un incumplimiento de contrato y procede solicitarle al garante afectar la póliza en el amparo de cumplimiento; pero si la obra se recibe a satisfacción, y presenta fallas, o no cumple las condiciones o especificaciones que soportaron firmar el contrato, o los defectos se evidencian o descubren después de la entrega a satisfacción, la cobertura a afectar sería la de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.

DÉCIMO: El 18 de agosto de 2011 para la entrega de los bienes, FERRETERIA CAMACHO, efectuó dicha entrega, pero dadas las inconformidades que ECOPETROL S.A. presentó, se establece que hubo incumplimiento contractual, tal como se motivó incluso en el fallo de responsabilidad fiscal así:

"El día 14 de diciembre de 2011 ECOPETROL S.A. recibe INFORME DE INSPECCIÓN de materiales número 02-5210115-2011-12-14, realizado sobre los bienes objeto de la Orden de Compra No. 579362, el cual fue realizado entre el 17 de noviembre y el 07 de diciembre de 2011", en el cual se describen en detalle las motivaciones técnicas para rechazar la tubería que fue encontrada defectuosa por parte de la entidad afectada en el presente proceso, habiéndose recomendado 1... no utilizar el material para la instalación de transporte o de proceso de acuerdo con la evidencia presentada y las no conformidades del suministro evaluadas según las normas y documentos aplicables" [Negrilla del texto original].

DÉCIMO PRIMERO: ECOPETROL tuvo por incumplida la Orden de Compra-Servicio No. 579362 suscrita con FERRETERIA CAMACHO Y CIA S.A., por lo que no suscribió acta de recibo a satisfacción de los bienes entregados por el contratista. Luego se colige que ha quedado demostrado que al no existir medio de prueba documental en la que conste el referido recibo a satisfacción de los bienes objeto de la Orden de Compra-Servicio N°579362, también es claro que el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados nunca inició su vigencia o nunca nació a la vida jurídica, al no haberse concretado la condición suspensiva pactada para ello, traducida en que ECOPETROL S.A. hubiese levantado acta de entrega a satisfacción de los bienes por el cumplimiento del objeto del contrato incito en la Orden de Compra Servicio N°579362. Entonces, sería erróneo vincular y afectar el seguro por las coberturas de Cumplimiento y

Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados al mismo tiempo.

DÉCIMO SEGUNDO: La Contraloría no solo erró en efectivizar los dos amparos de la póliza, sino que lo hizo a pesar de haberse configurado la prescripción extintiva del contrato de seguro.

DÉCIMO TERCERO: Considerando lo expuesto, emerge de forma evidente flagrante violación de norma superior, por desconocimiento del marco legal que establece la prohibición de no poder afectar dos amparos excluyentes entre sí como se expuso en líneas anteriores, por lo que de esta manera existe una indebida y falsa motivación por parte del ente de control en acumularlos, desconociendo normas superiores, por consiguiente, se deben declarar nulos y en su lugar restablecer el derecho a mi poderdante.

3.5. HECHOS RELACIONADOS CON LA INEXISTENCIA DE REALIZACIÓN DE RIESGO ASEGURADO POR EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS:

PRIMERO: En la Póliza No. 825-47-994000000652 suscrita entre mi representada Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., se pactó como riesgo amparado por el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados el siguiente:

“1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

SEGUNDO: Dado que FERRETERÍA CAMACHO no cumplió con la entrega del objeto del contrato “COMPRA DE TUBERÍA DE ACERCO PARA LOS MÚLTIPLES DEL SISTEMA DE RECOLECCIÓN DE LAS ESTACIONES CASTILLA 2 Y ACACÍAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE OPERACIONES CASTILLA CHIMENE DE ECOPETROL”, y en consecuencia, al no haberse recibido el material por varios defectos e inconformidades

encontradas por ECOPETROL, no ocurrió el riesgo objeto de cobertura por dicho amparo.

De esa manera, como no se realizó el riesgo asegurado, no era jurídicamente viable ordenar la efectividad de la póliza, por lo tanto, mi representada no tiene obligación alguna toda vez que el riesgo asegurado no se ha realizado y la póliza no se puede hacer efectiva.

TERCERO: Es evidente que estamos ante una clara violación de norma superior y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza pese a que no se había realizado el riesgo asegurado, lo que correlativamente implica que se deban anular las Resoluciones, así como ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

IV. DISPOSICIONES JURÍDICAS VIOLADAS

Las normas que se vulneraron con la expedición de los Actos Administrativos son las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana
- Código de Comercio, Artículo 1036 hasta el 1162, y demás normas del Contrato de Seguro incorporadas en el Código de Comercio.
- Código Civil Colombiano, Artículo 1602.
- Decreto 4828 de 2008. Decreto 734 de 2012.
- Decreto 1510 de 2013.
- Decreto 1082 de 2015.

Cabe aclarar, que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

V. CAUSALES DE VIOLACIÓN

El sentido de este acápite tiene como fin analizar las causales por las que los actos administrativos contractuales expedidos en el marco del proceso de Responsabilidad Fiscal N°2016-01189, fueron violatorios de las normas en que deberían fundarse, expedidos mediante una falsa motivación y, sin competencia. Por lo anterior, se procederá a exponer las causales de nulidad antes advertidas.

4.1. VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AL SER EXPEDIDOS CON VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍAN FUNDARSE.

El Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros. Régimen que se encuentra plasmado 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. 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)

La línea jurisprudencial del máximo tribunal administrativo ha sido absolutamente clara al establecer que el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro, debe ser proferido por la administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que la entidad administrativa ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que claramente deberá configurarse dentro de la vigencia del contrato de seguro, y cuyo término coincide con el de la prescripción ordinaria de 2 años reseñada en el artículo 1081 del Código de Comercio.⁸

En efecto, el tenor literal del fragmento más relevante de la sentencia citada reza de la siguiente manera:

*“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, **deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.** Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código*

⁸ Sentencia de abril 22 de 2009. Exp. 14.667. C.P: Miryam Guerrero de Escobar. También en sentencia de octubre 6 de 2005. Exp. 7840, C.P: Camilo Arciniegas Andrade y sentencia de julio 11 de 2002. Exp. 0376. C.P: Gabriel Mendoza Martelo.

de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que, sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que el interesado haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá contra toda clase de personas sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho.⁸ (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 del Consejo de Estado en el mismo sentido, como la que se expone a continuación:

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

(...)

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

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

...De suerte que la entidad de control tiene una caza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero

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

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

Esa línea jurisprudencial ha sido reiterada por la misma corporación en reciente fallo del año 2020, en el que se realizó un importante recuento de los pronunciamientos del Consejo de Estado respecto de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en el marco de los procesos de responsabilidad fiscal, así:

“(...) Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal

La Sección Primera de esta Corporación ha considerado que el artículo 1081 del Código de Comercio es aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, respecto de las compañías de seguros que son vinculadas como terceros civilmente responsables, por lo que las contralorías cuentan con un término de dos años, so pena de que opere la prescripción prevista en dicha norma, en los siguientes términos:

53.1. Sentencia de 18 de marzo de 2010, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 250002324000 2004 00529 012:

“[...] Despachar esta imputación implica precisar si esa norma [artículo 1081 del Código de Comercio] 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 (sic) 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, 34 ebilí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante asílo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero

⁹ 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.

civilmente responsable.

[...]

como quiera que el legislador ha derivado del contrato de seguro y sólo de él la vinculación del garante como tercero civilmente responsable, es claro que tal vinculación es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado, que bien puede considerarse como acción paralela a la de responsabilidad fiscal, aunque se surta en el mismo proceso, pues tiene supuestos, motivos y objetos específicos.

[...]

Que ante la omisión del contratante, como aparece de bulto en el diligenciamiento bajo examen, la Contraloría General de la República puede asumir o está investida de esa titularidad por virtud del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, con ocasión y dentro de la misma cuerda del proceso de responsabilidad fiscal, para que verificado el detrimento patrimonial por cualquiera de las partes del contrato estatal amparado por la póliza, pueda igualmente ordenar su efectividad por el monto que sea procedente

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 este no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica aquí sucedió. [...]

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 termino de caducidad previsto en el artículo 9° 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. Por consiguiente, el punto se ha de estudiar a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio.

2.2.3. Estudio del caso concreto

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 1° 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”.

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en el 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 apelan debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

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 (1° de mayo de 1998), pone de presente que el termino 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.

cual implica la anulación de la decisión tomada en su contra en el artículo tercero del referido fallo [...]” (Destacado fuera de texto).

53.2. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 250002324000 2006 00428 013: “[...] De lo expuesto en la sentencia en cita es claro, entonces, que es el artículo 1081 del Código de Comercio el que ha de servir de parámetro jurídico a fin de determinar si el ente de control fiscal ejerció en oportunidad el derecho previsto en el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, consistente en comprometer a la compañía aseguradora como tercero civilmente responsable en el proceso de responsabilidad fiscal. El mencionado artículo 1081 establece: [...]”

Lo anotado, a su turno, evidencia que no es procedente acudir al artículo 9 ibidem para contabilizar términos de prescripción a favor del garante, dado que su participación en el mismo es de naturaleza civil, y por ende, la normativa que le resulta aplicable corresponde a las normas de derecho comercial que rigen el respectivo contrato de seguro, y no las de responsabilidad fiscal, en razón, se reitera, a que no es esta última la calidad en virtud de la cual aquel es llamado al proceso (Destacado fuera de texto).

53.3. Sentencia de 10 de septiembre de 2015, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 25000-23-24-000-2005-01533-014: “[...] De acuerdo con las anteriores consideraciones, no cabe duda alguno (sic) en cuanto a que el termino de dos años de la prescripción ordinaria contemplado en el artículo 1081 C.Co., es el plazo del que disponen los entes de control para vincular a los garantes como terceros civilmente responsables dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten, en virtud de las acciones derivadas del respectivo contrato de seguro que ampararon.

[...] Procede a continuación determinar los siguientes aspectos: i) si los hechos generadores de la responsabilidad fiscal y por tanto constitutivos del siniestro materia de amparo, acaecieron dentro de la vigencia de la póliza y ii) si el acto mediante el cual se declaró la responsabilidad civil de la aseguradora, debió

dentro del término de los dos años del artículo 1081 del C.Co., contados a partir del momento en que la Contraloría haya tenido o tuvo conocimiento del hecho que dio fundamento a la acción, tal y como así lo establece la disposición legal citada, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...] Según lo reseñado en precedencia, el termino de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del C.Co. para que opere la prescripción ordinaria empezó a correr para la Dirección de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que esta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que en el presente caso aconteció el 19 de julio de 2000 cuando debió formalmente la investigación fiscal en contra de la Unión Temporal Puconsa S.A. por lo que los dos años corrieron desde dicha fecha hasta el 19 de julio de 2002.

En vista de que el Fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 30 de diciembre de 2004, resulta evidente que expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, por lo que al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza No 396028 y Certificados de Modificación Nos. 1067232, 1084312, 1084409 y 1054652, ordenó hacer efectivos el ente de control en el literal b) del artículo cuarto del mencionado fallo.

Como quiera que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsables afectando la póliza 396028, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción [...]" (Destacado fuera de texto).

53.4. Esta Sala de Decisión, en sentencia de 11 de octubre de 2019, proferida en el proceso identificado con el número único radicación: 25000-23-24-000-2007- 00459-025, consideró lo siguiente: "[...] en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción.

190. Para lo cual, se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable, toda vez que dicha vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil [...]" 4. En ese orden de ideas, la Sección Primera de esta Corporación ha considerado de manera sistemática que en los procesos de responsabilidad fiscal es aplicable el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con el término de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, atendiendo a que: i) la acción

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

fiscal es diferente a la acción civil; y ii) la vinculación de las compañías de seguro en los procesos de responsabilidad fiscal, se realiza a título de tercero civilmente responsable en el marco de las condiciones de la póliza y no como gestor fiscal responsable del detrimento patrimonial, por lo que se aplican en este aspecto las normas del derecho comercial.⁵ De conformidad con lo anterior, esta Sección ha considerado que: i) el siniestro debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza; ii) el término de prescripción de dos años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio se cuenta, para el caso de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, desde el momento en que las contralorías hayan tenido o debido tener conocimiento de la existencia del hecho (expedición del auto de apertura a la investigación fiscal); y iv) el término se interrumpe con la firmeza del acto administrativo que ordena la efectividad de la póliza.⁶ Esta Sección ha precisado que en materia de procesos de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de vigencia del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ocurrencia del siniestro, determinando que el acto administrativo mediante el cual se declara la responsabilidad civil y el deber de responder económicamente, debe expedirse, notificarse y quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que el ente de control tuvo o debió tener conocimiento de la existencia del detrimento patrimonial del erario.

7. La Sección Quinta de esta Corporación¹¹ ha considerado que el término de prescripción previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio no es aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, por cuanto la acción de responsabilidad fiscal no es una acción propiamente dicha, sino que es un procedimiento que tiene naturaleza administrativa; **sin embargo, esta Sección reitera que las compañías de seguros se vinculan a este tipo de procesos como terceros civilmente responsables, en el marco de las disposiciones pactadas en el contrato de seguros, por lo que en este aspecto es aplicable la normativa comercial y no el artículo 9 de la Ley 610.(...)**” (resaltado ajeno al texto original)

Para el caso de los contratos de seguro de cumplimiento, el riesgo amparado corresponde necesariamente al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Es a partir de ese momento que se presenta materialmente el siniestro, y, en consecuencia, a partir de allí se inicia el cómputo de los dos años del periodo prescriptivo. Transcurridos los dos años sin que la entidad administrativa haya proferido el acto administrativo que declare o de apertura a la actuación fiscal, no resulta factible exigir a la entidad aseguradora la indemnización, por cuanto habría operado el fenómeno de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47-994000000652, cuyo beneficiario es ECOPETROL S.A., con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de agosto de 2011, para el amparo de cumplimiento. Fechas que correspondían a la duración del contrato de suministro y dentro de las cuales la sociedad Ferretería Camacho, ha debido cumplir con sus obligaciones contractuales.

A pesar de que el presunto incumplimiento del contratista ocurrió dentro de la vigencia de la póliza de seguro, la Contraloría General de la República contaba con dos años para ordenar la efectividad del seguro o por lo menos emitir auto de apertura del proceso fiscal. Es decir, la fecha máxima en la cual se han debido tener cumplidas o incumplidas las obligaciones por parte del contratista (19 agosto de 2011), para proferir cualquiera de las decisiones. Sin embargo, fue solo es hasta el día 16 de noviembre del año 2016, pasados más de 5 años desde la fecha del incumplimiento, que la Contraloría emitió el fallo de apertura cuando se habían configurado ambas prescripciones del artículo 1081 del C de Co., sin que mediara ninguna suspensión o interrupción del término prescriptivo antes de configurarse. De manea que, el hecho de haber desconocido las normas del Código de Comercio que señalaban la extinción de cualquier derecho que sobre el contrato de seguro se pudiera derivar, emerge clara la nulidad de la decisión, mediante la cual hizo efectiva la garantía de Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47-994000000652. Decisión que posteriormente fue confirmada a través del Auto No. 1036 del 13 de septiembre de 2021 y URF 1075 del 20 de octubre de 2021.

La Contraloría General de la República, tuvo o ha debido tener conocimiento del presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Orden de Compra-Servicio No. 579362, a más tardar el día 26 de agosto de 2015, fecha en que se remitió el hallazgo con incidencia fiscal derivada de la auditoría realizada a ECOPETROL S.A., para la vigencia fiscal del año 2013, remitido mediante oficio No. 2015IE0055306. Sin embargo, el término de prescripción del contrato de seguro no puede ser superior a 5 años. De manera que desde el incumplimiento o fin de la vigencia del amparo de cumplimiento transcurrieron 5 años, sin que si quiera se haya proferido auto de apertura.

Si bien el término de prescripción que debe aplicarse al caso bajo estudio, es el de prescripción ordinaria de dos años, de todas maneras en este asunto también se configuró el término de la prescripción extraordinaria teniendo en cuenta que, entre la finalización de la vigencia del contrato de seguro, es decir desde el 19 de agosto de 2011 y el 16 de noviembre de 2016, fecha que data el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal No.01189-2016, ya había transcurrido un periodo de tiempo superior a los 5 años para la configuración de la prescripción extraordinaria.

Es evidente que estamos ante una clara violación de norma superior y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza, pese a que ya habían transcurrido más de dos años desde el incumplimiento con incidencia fiscal, así como también pasaron más de 5 años desde la ocurrencia del mismo, lo que demuestra con suma claridad la configuración de la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro. 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. es de 2 y 5 años respectivamente, 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.

II. VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS DE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LO DISPUESTO POR EL DECRETO 4828 DEL 2008, DECRETO 734 DE 2012, DECRETO 1510 DE 2013 Y DECRETO 1082 DE 2015 TODA VEZ QUE NO SE PUEDE AFECTAR SIMULTÁNEAMENTE EL AMPARO DE CUMPLIMIENTO Y EL CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.

Sin perjuicio de los argumentos expuesto, que acreditaron la pérdida del derecho a la indemnización, El ente de control desconoció lo dispuesto por el Decreto 4828 del 2008, por el cual se expide el régimen de garantías en la contratación de la administración pública, el cual se encontraba vigente para el momento de los hechos (Hoy Decreto 1082 de 2015), por cuanto que no se puede afectar simultáneamente el amparo de Cumplimiento y el de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, pues dicha norma en su artículo 4 y en especial el artículo 15, lo regula de esta manera:

“Artículo 4°. Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:

4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento: La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:

4.1.1 La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado. 4.1.2 La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato

Cali - Av 6A Bis #35N°100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

4.1.5 La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

4.2 Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales: La garantía de cumplimiento de las obligaciones cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del contratista, así:

4.2.1 Buen manejo y correcta inversión del 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, estos deberán tasarse en dinero en el contrato.

4.2.2 Devolución del pago anticipado. El amparo de devolución de pago anticipado cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

4.2.3 Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan pactado en el contrato. El amparo de cumplimiento del contrato cubrirá 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 siempre el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria que se hayan pactado en el contrato garantizado. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

4.2.4 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. El amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado. 4.2.5 Estabilidad y calidad de la obra. El amparo de estabilidad y calidad de la obra cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada,

imputables al contratista.

4.2.7 Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados cubrirá a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado, (i) derivados de la mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

4.2.8 Calidad del servicio. El amparo de calidad del servicio cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato y que se deriven de (i) la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, o (ii) de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el contrato.

4.2.9 Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

Parágrafo. En virtud de lo señalado por el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la garantía de cumplimiento cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivados de un proceso de responsabilidad fiscal, siempre y cuando esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Póliza de Seguro

Artículo 15. Condiciones generales de las pólizas que garantizan el cumplimiento de obligaciones. De conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, la póliza única de cumplimiento tendrá como mínimo las siguientes condiciones generales, aplicables según el objeto del contrato amparado y el riesgo cubierto:

15.1 Amparos

El objeto de cada uno de los amparos deberá corresponder a aquel definido en el artículo 4° del presente decreto. Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros respecto de sus riesgos y de sus valores asegurados. La entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Estos no son acumulables y son excluyentes entre sí. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior quiere decir que cuando la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 825-47- 994000000652, cuyo beneficiario fue ECOPETROL S.A., con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de agosto de 2011, para el amparo de

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436



GHA
ABOGADOS & ASOCIADOS

Cumplimiento. Y con una vigencia comprendida entre el 20 de abril de 2011 y el 19 de julio de 2012, para el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, se infiere de manera clara que los dos amparos son excluyentes entre sí y el ente de control desechando esta exclusión que existe entre estos dos amparos en el fallo 0009 del 22 de julio de 2021 y demás actos administrativos. Respecto de la decisión de declarar como tercero civilmente responsable a Aseguradora Solidaria de Colombia por los dos amparos anteriormente descritos, es decir, acumulándolos, cuando en la parte motiva no quedó clara la decisión, por consiguiente, los actos administrativos expedidos por este se encuentran viciados de nulidad.

De acuerdo con el contrato de seguro y el artículo 11 de la norma en comento, antes del inicio de la ejecución del contrato, será responsabilidad de la entidad contratante aprobar la garantía. La aprobación comprenderá la condiciones generales y particulares de la póliza.

“Artículo 11. Aprobación de la garantía de cumplimiento. Antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía, siempre y cuando reúna las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso”

Por lo que la entidad contratante, en este caso ECOPETROL S.A, aprobó las condiciones generales y particulares del contrato de seguro No. 825-47-994000000652 y en ese sentido las exclusiones de cada amparo.

En este sentido y bajo el principio “Pacta Sunt Servanda” constituye ley para las partes los límites positivos (amparos) y los límites negativos (exclusiones) estipulados en el contrato de seguro.

Ahora bien, si el despacho encuentra que esta norma no tiene sustento, podemos acudir al Decreto 1082 de 2015, el cual es una versión Compilada del (Decreto 1510 de 2013 que deroga en su integridad el Decreto 734 de 2012 y este a su vez Deroga el Decreto 4828 de 2008), que en su artículo 2.2.1.2.3.2.1 dice lo siguiente:

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

En otras palabras, el ente de control con la expedición de los actos administrativos violó

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

una norma superior y a través de una falsa motivación vinculó a mi representada en el proceso de responsabilidad fiscal 2016-01189, cuando de manera fáctica y jurídica no se probó la ocurrencia del siniestro, ni la cuantía de la pérdida y mucho menos se probó con claridad sobre cual amparo se afectó, pues lo que hizo fue acumularlos de manera arbitraria. En consecuencia, los actos administrativos expedidos se encuentran viciados de nulidad.

En virtud de lo anterior, es importante indicar el alcance que tiene la cobertura de cumplimiento y según los artículos 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.12 del Decreto 1082 de 2015 indican lo siguiente:

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.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

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.

4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado. La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.

5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.

6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.

7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.

8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.”

“Artículo 2.2.1.2.3.1.12. Suficiencia de la garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe tener una vigencia mínima hasta la liquidación del contrato. El valor de esta garantía debe ser de por lo menos el diez por ciento (10%) del valor del contrato a menos que el valor del contrato sea superior a un millón (1.000.000) de SMMLV, caso en el cual la Entidad Estatal aplicará las siguientes reglas:

1. Si el valor del contrato es superior a un millón (1.000.000) de SMMLV y hasta cinco millones (5.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el dos punto cinco por ciento (2,5%) del valor del contrato.

2. Si el valor del contrato es superior a cinco millones (5.000.000) de SMMLV y hasta diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el uno por ciento (1%) del valor del contrato.

3. Si el valor del contrato es superior a diez millones (10.000.000) de SMMLV, la Entidad Estatal puede aceptar garantías que cubran al menos el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor del contrato.

4. Colombia Compra Eficiente debe determinar el valor de la garantía única de cumplimiento del Acuerdo Marco de Precios de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en este.”

Es decir, que el amparo de cumplimiento es la cobertura básica de la garantía única de cumplimiento. Este amparo cubre a la entidad contratante de los perjuicios directos derivados de la ocurrencia de los siguientes riesgos:

1. Incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales.
2. Cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones contractuales.
3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y, además, la cobertura se extiende al pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

En principio, el valor asegurado del amparo de cumplimiento será como mínimo el equivalente a la cláusula penal pecuniaria, pero en todo caso, no podrá ser inferior al diez por ciento (10%) del valor total del contrato. Esta cobertura debe estar vigente hasta la liquidación del contrato. El requerimiento de este amparo aplica para todo tipo de contratos, obra, prestación de servicios, suministro, compraventa etc.

De igual manera, es necesario acudir al alcance que tiene el amparo de calidad, por lo que los artículos 2.2.1.2.3.1.7 numeral 7° y 2.2.1.2.3.1.16 de la misma norma en comento, se

refieren de la siguiente manera:

“Artículo 2.2.1.2.3.1.7 (...) 7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato

Así como el

Artículo 2.2.1.2.3.1.16. Suficiencia de la garantía de calidad de bienes. La Entidad Estatal debe determinar el valor y el plazo de la garantía de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza, las obligaciones contenidas en el contrato, la garantía mínima presunta y los vicios ocultos.”

En otras palabras, el amparo de calidad y correcto funcionamiento de los bienes tiene por objeto cubrir a la entidad por los perjuicios imputables al contratista garantizado por los siguientes hechos:

1. La mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato.
2. El incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

El valor asegurado es determinado por la entidad pública contratante, teniendo en cuenta el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

En el contrato de seguro aquí discutido, existen dos amparos que se excluyen entre sí, a saber, el de cumplimiento que como lo ha dicho la Honorable Corte Constitucional es:

“2.7. EL CONTRATO DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

El ordenamiento colombiano consagra la garantía única de cumplimiento como mecanismo de mitigación de los riesgos propios de la contratación estatal, regido por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, y según la clasificación consignada en el artículo 1082 del Código de Comercio, ésta se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial.

Esta garantía debe estar presente en la mayoría de los procesos contractuales estatales y puede ser de tres tipos: póliza de cumplimiento, garantía bancaria y fiducia en garantía. (Subrayado y negrilla fuera del texto)

El primero de estos, la póliza de cumplimiento tiene como objetivo proteger al asegurado, en este caso, la entidad estatal y su patrimonio, de las sanciones o perjuicios que se deriven de un incumplimiento contractual.

(Subrayado y negrilla fuera del texto)

Dentro del seguro de cumplimiento existen varios tipos de amparos, dentro de los cuales se encuentra aquel que ampara la seriedad de la candidatura cuyo propósito, como se dijo anteriormente, es el de cubrir al asegurado (entidad estatal) de las sanciones o los perjuicios que se deriven de la no obtención de al menos de la votación requerida para tener derecho a la reposición de los gastos de campaña de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, conforme el objeto del amparo cubierto.¹⁰

Frente al amparo de calidad, Colombia Compra Eficiente lo ha definido como bienes tiene por objeto cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la Entidad Estatal recibe en cumplimiento de un contrato. De la siguiente manera:

“La garantía de calidad y correcto funcionamiento de bienes tiene por objeto cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios imputables al contratista por la deficiente calidad de los bienes que la Entidad Estatal recibe en cumplimiento de un contrato. Son ejemplos de eventos que pueden dar lugar a afectar este amparo la mala calidad o las deficiencias técnicas de los bienes o equipos suministrados por el contratista o el incumplimiento de las normas técnicas del bien o equipo.”

En consideración a los anteriores preceptos, Aseguradora Solidaria de Colombia emitió la póliza de seguro contentiva de los amparos de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados, con el siguiente alcance y cobertura:

“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.”

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-769-15. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Cali - Av. 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca, Centro Empresarial Chipichape +57 315 577 6200 - 602-6594075 Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69 +57 3173795688 - 601-7616436

(...)

“1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD.”

Dicho lo anterior, se puede inferir a primera vista, que los dos amparos son diferentes en cuanto a sus nociones, como también lo son en cuanto a su aplicación, toda vez que, si el contratista no entrega las obras en las condiciones técnicas contratadas, estamos ante un incumplimiento de contrato y procede solicitarle al garante afectar la póliza en el amparo de cumplimiento; pero si la obra se recibe a satisfacción, y presenta fallas, o no cumple las condiciones o especificaciones que soportaron firmar el contrato, o los defectos se evidencian o descubren después de la entrega a satisfacción, la cobertura a afectar sería la de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados.

Ahora bien, de los hechos se colige que en la fecha estipulada por ECOPETROL S.A, es decir el 18 de agosto de 2011 para la entrega de los bienes, FERRETERIA CAMACHO, efectuó dicha entrega, pero dadas las inconformidades que ECOPETROL S.A presentó, se establece que hubo incumplimiento contractual, tal como se motivó incluso en el fallo de responsabilidad fiscal así:

*"El día 14 de diciembre de 2011 ECOPETROL S.A. recibe INFORME DE INSPECCIÓN de materiales número 02-5210115-2011-12-14, realizado sobre los bienes objeto de la Orden de Compra No. 579362, el cual fue realizado entre el 17 de noviembre y el 07 de diciembre de 2011", **en el cual se describen en detalle las motivaciones técnicas para rechazar la tubería que fue encontrada defectuosa por parte de la entidad afectada en el presente proceso, habiéndose recomendado 1...] no utilizar el material para la instalación de transporte o de proceso de acuerdo con la evidencia presentada y las no conformidades del suministro evaluadas según las normas y documentos aplicables**" [Negrilla del texto original].*

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

En ese sentido, como quiera que, bajo ese orden de ideas, ECOPETROL tuvo por incumplida la Orden de Compra-Servicio N°579362 suscrita con FERRETERIA CAMACHO Y CIA S.A., por lo que no suscribió acta de recibo a satisfacción de los bienes entregados por el contratista. Luego se colige que ha quedado demostrado que al no existir medio de prueba documental en la que conste el referido recibo a satisfacción de los bienes objeto de la Orden de Compra-Servicio N°579362, también es claro que el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados nunca inició su vigencia o nunca nació a la vida jurídica, al no haberse concretado la condición suspensiva pactada para ello, traducida en que ECOPETROL S.A, hubiese levantado acta de entrega a satisfacción de los bienes por el cumplimiento del objeto del contrato incito en la Orden de Compra-Servicio N°579362. Entonces, sería erróneo vincular y afectar el seguro por las coberturas de Cumplimiento y Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados al mismo tiempo.

Considerando lo expuesto, emerge de forma evidente flagrante violación de norma superior, por desconocimiento del marco legal que establece la prohibición de no poder afectar dos amparos excluyentes entre sí como se expuso en líneas anteriores, por lo que de esta manera existe una indebida y falsa motivación por parte del ente de control en acumularlos, desconociendo normas superiores, por consiguiente, se deben declarar nulos y en su lugar restablecer el derecho a mi poderdante.

III. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y DERECHO DE DEFENSA Y FALSA MOTIVACIÓN POR CUANTO NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, debe precisarse que los argumentos esgrimidos por la Entidad administrativa demandada no tienen fundamento jurídico ni fáctico, por cuanto no existió ninguna actuación del afianzado FERRETERIA CAMACHO que constituya la realización del riesgo asegurado en la póliza expedida por mí representada.

Después de efectuar la anterior precisión, cabe destacar que como bien se ha indicado previamente, la hipotética obligación indemnizatoria de la aseguradora sólo puede nacer a la vida jurídica si efectivamente se ha realizado el riesgo amparado en el contrato de seguro. Es decir, que sólo podría predicarse el nacimiento de la obligación de indemnizar, sí y solo sí, se comprueba que se realizó el riesgo asegurado, sujeto por supuesto a las distintas condiciones de la póliza.

Así mismo, la obligación solo podrá nacer a la vida jurídica, cuando no se configure ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro, ya sea de origen

convencional o legal, todo sin perder de vista que la obligación del asegurador, por ser condicional, no es exigible mientras no se compruebe la realización de la condición suspensiva convenida, la cual será la conformación de la responsabilidad de la entidad afianzada por presunto incumplimiento legal que genere perjuicios y sea imputable única y exclusivamente a la citada.

En efecto, el artículo 1072 del Código de Comercio define el siniestro como la realización del riesgo asegurado y, a su vez, el artículo 1054 del mismo estatuto comercial define el riesgo asegurado en los siguientes términos:

“DEFINICIÓN DE RIESGO. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

De esta manera, podemos concluir que la obligación de mi representada no ha nacido a la vida jurídica, por cuanto no se cumplió la condición pactada de la que pende su surgimiento, es decir, la realización del riesgo asegurado que configura el siniestro, máxime si se considera que en las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento 825-47-994000000652 suscrita entre mi representada Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., se pactó como riesgo amparado por el amparo de Calidad y Correcto Funcionamiento de los Bienes y Equipos Suministrados el siguiente:

“1.7 CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS

*EL AMPARO DE CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS **CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE** DE LOS PERJUICIOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, (I) DERIVADOS DE LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR ÉL SUMINISTRADOS, DE ACUERDO CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO O (II) POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PARÁMETROS O NORMAS TÉCNICAS ESTABLECIDAS PARA EL RESPECTIVO BIEN O EQUIPO, **UNA VEZ SEAN RECIBIDOS POR LA ENTIDAD.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De conformidad con el anterior, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado por el contrato de seguro, que permita la configuración del siniestro y la consecuente afectación de la póliza en cuestión, toda vez que no se entregó el objeto del contrato, en consecuencia,

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

al no haberse recibido el material por varios defectos e inconformidades encontradas por ECOPETROL esgrimidas en el presente escrito, no ocurrió el riesgo objeto de cobertura por dicho amparo de naturaleza post contractual.

Por consiguiente, siendo el seguro de cumplimiento de mera indemnización, como en efecto está contemplado, no es viable hacer efectiva la póliza por un supuesto incumplimiento de una obligación exigible después de entregarse a satisfacción el contrato que no se ha configurado. Lo anterior, sin lugar a duda lleva a acreditar que los actos administrativos atacados, se hayan expedido de manera irregular, con violación de las normas en que debía fundamentarse y existiendo a todas luces una falsa motivación.

Debe mencionarse que hay violación de norma superior y falsa motivación, toda vez que se afectó la póliza sin que hubiera ningún incumplimiento de obligaciones post contractuales por parte del afianzado, en contravía con las normas del contrato de seguro citadas en precedencia lo cual, además, deriva en que el acto administrativo esté falsamente motivado.

II. PETICIÓN

1. Con base en los fundamentos fácticos y jurídicos antes expuestos, solicito respetuosamente al despacho se reconozca a mi representada, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., como **LITISCONSORTE CUASINECESARIO** en la demanda de la referencia, en concordancia con el artículo 62 del Código General del Proceso y el artículo 224 del CPACA.
2. Subsidiariamente, en el hipotético caso de no cumplir los requisitos para ser LITISCONSORTE CUASINECESARIO, solicito se le reconozca como **COADYUVANTE** de la parte demandante, en los términos del artículo 71 del Código General del proceso y artículo 224 del CPACA.

III. PRUEBAS QUE SE PRETENDE HACER VALER

DOCUMENTALES:

1. Certificado de existencia y representación de LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C
2. Copia de la Póliza de Cumplimiento No. 825-47-994000000652 y su condicionado general.

3. Demanda del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por ASEGURADORA SOLDIARIA DE COLOMBIA E.C.
4. Escrito de Subsanción a la demanda.

TESTIMONIALES:

Ruego respetuosamente al despacho se me permita tomar la declaración de los testigos que concurran al proceso, prueba que para su declaración se someterá a las reglas impuestas en la Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso.

Solicito se sirva citar al Dr. **JAVIER ANDRÉS ACOSTA CEBALLOS**, mayor de edad, quien ostenta la calidad de asesor externo de la compañía y quien podrá dar cuenta al despacho sobre el riesgo asumido por la compañía aseguradora que represento, amparos, coberturas, pagos efectuados con cargo a la póliza y demás situaciones expuestas en este escrito.

Este testimonio es conducente, pertinente y útil, ya que puede ilustrar al despacho sobre las condiciones particulares y generales de la póliza, y en general, sobre las excepciones propuestas frente a la demanda de cara al contrato de seguro comentado en este litigio. Podrá ser citado en la calle 69 N°4-48 oficina 502 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico jacosta@gha.com.co

IV. ANEXOS

1. Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
2. Poder especial otorgado al suscrito.

V. NOTIFICACIONES

A mi mandante y al suscrito apoderado en la Calle 69 No. 4 – 48 oficina 502 en la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: notificaciones@gha.com.co

Respetuosamente,



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.

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipchape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436