

Señores,

CONTRALORÍA GENERAL DEL CAUCA

E. S. D.

rfiscalnotificaciones@contraloria-cauca.gov.co

responsabilidadfiscal@contraloria-cauca.gov.co

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF No. 40-20
ENTIDAD AFECTADA: MUNICIPIO DE BOLÍVAR- CAUCA
VINCULADOS: RODRIGO HERNÁN PÉREZ- VÍCTOR ARMANDO MARTÍNEZ DURAN.
TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de Apoderado Especial de **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, tal y como consta en el expediente, encontrándome dentro del término legal oportuno, procedo a presentar RECURSO DE REPOSICIÓN en contra del FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, notificado el día 29 de septiembre de 2023, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a la aseguradora que represento; solicitando desde ya, se revoque el fallo en comento y se absuelva a los presuntos responsables, así como a mi prohijada. Toso ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que la Contraloría del Cauca notificó electrónicamente a mi representada el 29 de septiembre de 2023, y lo preceptuado en el artículo 55 de la ley 610 de 2000, se concluye que este escrito es presentado dentro de los cinco días siguientes a notificarse personalmente la providencia, esto es, dentro de término.

II. REPAROS FRENTE AL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL

El presente escrito se centrará en determinar las razones por las cuales necesariamente debe el despacho revocar el fallo proferido, en el cual se decidió declarar civilmente responsable a mi procurada puesto que no se tuvieron en cuenta varios preceptos como, la cobertura temporal de la póliza, y los presupuestos mínimos para declarar la responsabilidad fiscal.

Resulta procedente indicar que el detrimento patrimonial que presuntamente se generó al Municipio de Bolívar- Cauca, por valor de TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS M/cte (\$3.823.860.00), por el contrato de obra pública No. 095 del 02 de junio de 2018, se consumó el día 28 de febrero de 2019, fecha en la cual la póliza global sector oficial No. 3000162, no prestaba cobertura, lo cual no se analizó a profundidad por parte del despacho en el fallo con responsabilidad fiscal No. 12.

Así mismo, se señalará que no se demostraron y probaron los presupuestos mínimos para declarar la responsabilidad fiscal, puesto que la obra objeto del supuesto detrimento patrimonial fue entregada, y no se desvirtuó la presunción de la buena fe de los sindicados.

CAPITULO I

I. EL DESPACHO NO TUVO EN CUENTA QUE LA PÓLIZA GLOBAL SECTOR OFICIAL No. 3000162 NO PRESTABA COBERTURA TEMPORAL PARA LA FECHA EN QUE SE MATERIALIZÓ EL SUPUESTO DETRIMENTO

Como se advirtió al inicio del presente escrito, el hecho generador del daño ocurrió el 28 de febrero de 2019, como se acreditó en el comprobante de egreso No. 1895, y la póliza global sector oficial No. 300162 se pactó para una vigencia desde el 30 de enero de 2018 al 30 de enero de 2019, por consiguiente, en atención a que el daño patrimonial se generó por fuera del periodo de vigencia de la póliza, esta no se puede afectar.

El día 2 de junio de 2018 se suscribió contrato de obra pública No. 095, y el objeto era el *“Mantenimiento correctivo y preventivo a los centros de integración ciudadana CIC”* ubicados en la cabecera corregimental de Lerma y la Parada corregimiento de El Morro.

Posteriormente, mediante acta No. 01 del 19 de diciembre de 2018, se realizó entrega parcial de la obra y se realizó un primer pago por \$15.367.036 M/cte, valor que se encontraba pactado en el contrato de obra.

Por consiguiente, el comprobante de pago del 28 de febrero de 2019 por un valor de \$15.367.036 M/cte, no estaría bajo la cobertura de la póliza, porque fue por fuera de las fechas establecidas, en consecuencia, la contraloría incurrió en un defecto fáctico, al no haber tenido en cuenta la cobertura temporal de la póliza.

Reseñado lo anterior, dirijámonos a la modalidad concertada en la póliza bajo estudio, lo que corresponde a la delimitación temporal de cobertura denominada por ocurrencia, ello implica que, las pérdidas que sufra o se causen a la entidad asegurada deberán acontecer en vigencia de la póliza. Lo cual para el caso concreto no sucede, puesto que, como se indicó al inicio, el hecho generador del presunto daño patrimonial ocurrió el 28 de febrero de 2019, y la última vigencia contratada para la póliza No. 3000162 finalizó el 30 de enero de 2019, por consiguiente, el presunto daño patrimonial esbozado por la Contraloría no se encuentra amparado en el contrato de seguro.

Resulta procedente señalar que de acuerdo con el artículo 1047 del Código de Comercio, las pólizas de seguro deben contener unas condiciones, entre estas tenemos las siguientes:

“(…)ARTÍCULO 1047. <CONDICIONES DE LA PÓLIZA>. La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato:

- 1) La razón o denominación social del asegurador;*
- 2) El nombre del tomador;*
- 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador;*
- 4) La calidad en que actúe el tomador del seguro;*
- 5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro;*

6) **La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;**

7) *La suma aseguradora o el modo de precizarla;*

8) *La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago;*

9) *Los riesgos que el asegurador toma su cargo;*

10) *La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y*

11) *Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes (...)*”.

De lo anterior podemos concluir que las pólizas deben contener como requisito general una vigencia, en la cual se deben indicar la fecha y hora de iniciación y vencimiento, lo cual en la Póliza Global Sector Oficial No. 3000162 esta establecido así:

VIGENCIA							
DÍA	MES	DESDE		A LAS	HASTA		A LAS
		AÑO			DÍA	MES	AÑO
30	1	2018		00:00	30	1	2019
							00:00

Por lo anterior la contraloría cometió un defecto factico, por no tener en cuenta los lapsos de temporalidad establecidos en la póliza, y estaríamos ante una valoración probatoria que carece de sana crítica, esta entendida como un sistema en el cual el juzgador debe apreciar los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica y la experiencia.

Al respecto la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, fue clara en puntualizar las exigencias sobre la vinculación de las aseguradoras en procesos fiscales así:

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

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

Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.

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

se encuentra amparado por una póliza.

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

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

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

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

El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado. Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal." (...)

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de

algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

Por lo anteriormente esgrimido, se evidencia que no se realizó una valoración adecuada de la póliza como prueba, porque no se analizó la información contenida, y como esta se relaciona con los hechos.

II. EL DOLO Y LA CULPA NO SON RIESGOS ASEGURABLES.

El fallo con responsabilidad fiscal numero 12, notificado el 29 de septiembre de 2023, expedido por la Contraloría del Cauca, realizó un análisis sobre uno de los elementos esenciales que debe concurrir para atribuir responsabilidad fiscal, este es la culpa grave.

Señaló que hubo una conducta omisiva y negligente por parte de los señores Víctor Armando Martínez Perafan y Edgar Eduardo Meneses Duran, como funcionarios públicos del Municipio de Bolívar, por cuanto no comparecieron al proceso para acreditar su falta de responsabilidad en el proceso y su debida gestión.

Por lo anterior la contraloría en el fallo numero 12, determinó que a dichos funcionarios les era reprochable una conducta gravemente culposa, porque no manejaron el erario de conformidad a sus obligaciones y responsabilidades.

Resulta procedente exponer que en nuestra legislación civil en el artículo 63, se ha señalado que *“Negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”*

Así pues, es claro que la contraloría les atribuyo una responsabilidad culposa, y por ende la aseguradora no está llamada a responder, y es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

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

Por esta razón, no se puede hacer efectiva la póliza por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

III. NO HAY OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS PUESTO QUE EL DEDUCIBLE PACTADO EN EL SEGURO MANEJO PÓLIZA GLOBAL SECTOR OFICIAL No. 3000162 SUPERA EL PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL.

Es preciso señalar que la cuantificación del presunto daño patrimonial asciende a la suma de \$3.823.860 M/cte, y el deducible pactado en el SEGURO MANEJO POLIZA GLOBAL SECTOR OFICIAL No. 3000162, corresponde a 15% mínimo 4 SMMLV, es decir, que el importe que eventualmente debería asumir la entidad afectada y asegurada supera el presunto daño patrimonial, por lo cual resulta improcedente el pago de mi procurada cuando el deducible pactado supera la cuantificación del daño.

Por lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, además que la obligación aseguraticia se hace inexigible puesto que el deducible pactado supera el presunto menoscabo.

Es válido recordar que el deducible regulado por el artículo 1103 del Código de Comercio, es la participación que asume el asegurado cuando acaece el siniestro, que se refleja en una suma o porcentaje pactado en la póliza de seguro. Al respecto es ilustrativa la definición dada por el tratadista J. Efrén Ossa, en su obra Teoría General del Contrato de Seguro:

“(...) El deducible. Que como primera pérdida, estimada conforme a la previsión del contrato, corre siempre a cargo del asegurado y que tanto puede estar representado por una suma fija como por un porcentaje de la suma asegurada (...)”

Por lo anterior es valido concluir que no es exigible la cobertura, puesto que el deducible pactado supera el menoscabo patrimonial.

IV. NO SE REUNIERON LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD

La contraloría colegiada del Cauca, realizó una indebida valoración probatoria, como quiera que, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

“(...) ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores (...)”

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

“(...) Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características: (i) Un MAVR elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación. (ii) Un

elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal (...)"

Para el caso en concreto, solo se tuvieron en cuenta unas falencias en algunas actividades del contrato de obra, que carecen de especificación y de un análisis concreto sobre el daño, toda vez que estas solo se limitan a un acta, es decir no hay nada que indique que los sujetos declarados como responsables hayan actuado con dolo o culpa grave, toda vez que los recursos sí fueron invertidos en la obra, no hay prueba que señale que no fue así.

Cabe resaltar que la obra fue entregada en beneficio de los ciudadanos del municipio de Bolívar, diferente sería que hubiera pruebas contundentes que demostraran que los recursos no fueron invertidos en la obra. Hay que recordar que la carga de la prueba la tiene la contraloría, son ellos quienes deben aportar testimonios o al menos documentos que prueben que estos sujetos actuaron con dolo.

Es valido recordar que todos los sujetos gozan del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, en la cual se establece que las actuaciones de particulares y autoridades públicas se presumen de buena fe, por ende, dicha presunción debió ser controvertida por la Contraloría, sin embargo, no se hizo.

Ahora bien, los señores Rodrigo Hernán Pérez, en calidad de alcalde. Víctor Armando Martínez Perafan, en calidad de secretario de Planeación e infraestructura y Edgar Eduardo Meneses Duran, en calidad de secretario de Planeación e Infraestructura, se demostró que adelantaron los aditamentos tanto pre y post contractuales en lo que respecta al Contrato de Obra Pública No. 095 del 2 de junio de 2018, atendiendo las necesidades de la contratación estatal para el Municipio del Bolívar, y atendiendo cada una de las exigencias tanto legales como convencionales en la ejecución de la obra, sin que se haya acreditado malversación de fondos u omisiones en lo que atañe a la supervisión del contrato de obra, es decir, si hubo algún incumplimiento a este contrato.

CAPÍTULO II

I. PETICIÓN

En consideración de todo lo anterior, respetuosamente solicito a la Contraloría General del Cauca, que al momento de resolver los respectivos recursos disponga:

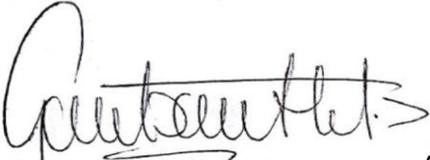
PRIMERO: REVOCAR en su integridad el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL** notificado el 29 de septiembre de 2023 y que consecuentemente se declare que no hay alcance o responsabilidad fiscal en relación con el investigado, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del mismo.

SEGUNDO: Solicito la **REVOCATORIA** del numeral **SEGUNDO** del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL** notificado del 29 de septiembre y, por consiguiente, se desvincule a mí representada como tercero civilmente responsable, por todo lo expuesto anteriormente.

II. NOTIFICACIONES

El suscrito y mi representada podrán ser notificados en la Avenida 6ta A # 35 N 100 oficina 212 de la ciudad de Cali, y en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



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