Señores,

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Magistrado Ponente: **OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT**

rpmemorialestadmvcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co

des10ssinsecoraltadmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

ASUNTO:	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 1ª INSTANCIA
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTES:	ALLIANZ SEGUROS S.A
DEMANDADOS:	CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA
RADICACIÓN:	76001-23-33-010-**2017-01448**-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de la compañía **ALLIANZ SEGUROS S.A.,** encontrándome dentro del término legal, presento los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA,** en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR ALEGATOS

Mediante Auto Interlocutorio No. 138 del 21 de mayo de 2025, el Honorable Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dispuso la aplicación del artículo 182A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en lo referente al trámite de sentencia anticipada. En consecuencia, el despacho dio por superada la etapa de decisión de excepciones previas, delimitó el objeto del litigio, se pronunció sobre el material probatorio incorporado al expediente y concedió a las partes el traslado para la presentación de alegatos de conclusión

Dicho auto fue notificado por estado el 26 de mayo de 2025, razón por la cual el presente escrito de alegatos se presenta dentro del término y en debida oportunidad procesal.

II. PROBLEMA JURÍDICO

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en Auto Interlocutorio No. 138 del 21 de mayo de 2025, fijó el litigio dentro del asunto *sub judice* de la siguiente manera:

> "La Corporación analizará si debe declararse la nulidad de los siguientes actos administrativos:
>
> 2.1 Fallo No. 01 del 10 de enero de 2017, a través del cual se declaró la responsabilidad fiscal en contra del señor Luis Eduardo Barrera Vergara en su condición de presidente de Metrocali S.A; Hafira Ve Hatziva LTDA subsidiaria Colombia en calidad de Contratista; y Gai Chen como Representante Legal de Hafira Ve Hatziva LTDA, incorporando a Mundial de Seguros, Aseguradora Colseguros S.A -hoy Allianz Seguros S.A- y Seguros Colpatria S.A como terceros civilmente responsables.
>
> El monto establecido en la decisión ascendió a $8.564.580.123
>
> 2.2 Auto No. 0051 de 2 de febrero de 2017 que decidió los recursos de reposición y apelación contra la anterior determinación, confirmándola en todas sus partes.

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

2.3 Auto 000252 de 1° de marzo de 2017, que desató el grado de consulta.

Resuelto el anterior planteamiento, se determinará si a título de restablecimiento del derecho, se debe:

2.4 Suspender toda actuación administrativa derivada de los actos impugnados.

2.5 Declarar que no se configuró la responsabilidad fiscal de los sancionados.

2.6 Declarar que operó la prescripción respecto de la acción de responsabilidad fiscal.

2.7 Declarar que las pólizas MAES 191 y MAES 285 no pueden hacerse efectivas dentro del proceso de responsabilidad fiscal que se estudia.

2.8 Declarar que Allianz Seguros S.A está exenta de la responsabilidad civil derivada del presente proceso de responsabilidad fiscal.

2.9 Declarar que operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros respecto de las pólizas MAES 191 y MAES 285, desvinculando a Allianz Seguros S.A de cualquier actuación administrativa que se derive del asunto de responsabilidad fiscal que dio lugar a esta demanda.

2.10 Declarar que Allianz Seguros S.A no debe efectuar pago alguno con cargo a las pólizas MAES 191 y MAES 285.

2.11 En caso de que se haya pagado alguna suma de dinero, restituir a Allianz Seguros S.A lo desembolsado con cargo a las pólizas MAES 191 y MAES 285.

Sobre ese monto se estudiará si cabe el pago de intereses moratorios o comerciales liquidados a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superfinanciera.

Lo anterior, porque en el desarrollo de la investigación se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y dado que se pretermitió la etapa procesal destinada a la práctica de pruebas.

Adicionalmente se examinará si los términos para adelantar la acción fiscal se hallaban prescritos; si los actos fueron expedidos con falta de competencia, con falsa motivación, desviación de poder y desconociendo las normas en las cuales debieron fundarse".

III. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

3.1 VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AL SER EXPEDIDOS CUANDO LA ACCIÓN FISCAL QUE ADELANTÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA IDENTIFICADA BAJO RADICACIÓN PRF-2014-03415- 1600.20.11.1089- 929-1734, HABÍA PRESCRITO Y PESE A ELLO LA CONTRALORÍA NO RECONOCIÓ LOS EFECTOS DE ESE FENÓMENO EXTINTIVO

La ley 610 de 15 de agosto de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", reguló expresamente en su artículo 9° lo concerniente a la caducidad y prescripción de la acción fiscal, de la siguiente forma:

"**Artículo 9o. Caducidad y Prescripción**. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

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

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

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Esta disposición prevé que ocurre la prescripción de la responsabilidad fiscal, si transcurridos cinco (5) años desde el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, la Contraloría no ha proferido providencia en firme que declare la responsabilidad.

Es decir, que la Contraloría cuenta con ese término para adelantar todas las actuaciones tendientes a dictar un **fallo debidamente ejecutoriado** que declare la responsabilidad fiscal del servidor público y/o del particular que ejerza gestión fiscal y cause un daño patrimonial al Estado, al cabo del cual prescribe la acción de responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho del Estado de imputar responsabilidad fiscal a quien venía procesando.

Precisamente sobre este fenómeno jurídico liberador en materia de trámites de responsabilidad fiscal, el máximo órgano de esta jurisdicción expresó:

> "51. Atendiendo a que esta Sección[1] en relación al término de prescripción de responsabilidad fiscal ha considerado que**: i) el término de 5 años se contabiliza a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; ii) dentro de dicho término la Nación- Contraloría General de la República debe expedir el acto administrativo, debidamente ejecutoriado conforme a los artículos 56 de la Ley 610 y 82 de la Ley 1437 , que declare la responsabilidad fiscal del servidor público y/o del particular que ejerza gestión fiscal y cause un daño patrimonial al Estado; iii) al finalizar el término prescribe la responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho del Estado de atribuir la responsabilidad fiscal a quien venía procesando.**
>
> 52. Asimismo, la citada sentencia señaló que la prescripción de la responsabilidad fiscal de que trata la norma señalada supra, se identifica con la prescripción que la legislación civil denomina prescripción extintiva, esto es, la que determina la extinción los derechos y de las acciones que de estos emanan cuando no han sido ejercidos por su titular durante determinado lapso de tiempo.
>
> 53. En suma, la prescripción se erige en esta materia como un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo cesa la potestad del Estado para deducir la responsabilidad fiscal de quien es objeto de un proceso por el daño que con su gestión fiscal le han causado al patrimonio del Estado; es decir, que si ha transcurrido el tiempo señalado en la ley, es decir, 5 años a partir del auto que ordenó la apertura del proceso fiscal, sin que se haya dictado y además ejecutoriado la decisión sobre la responsabilidad fiscal del investigado, el órgano de control ya no podrá declarar dicha responsabilidad."[2]

Así las cosas, como se ve, la prescripción como fenómeno liberador, desencadena no sólo extinción de la acción, sino también la imposibilidad de, en este caso, el órgano de control, de seguir adelantando el trámite y por ende declarar, la responsabilidad fiscal que se investiga, como efectivamente ocurrió en el presente caso, por los siguientes motivos:

Para empezar, se encuentra acreditado que el auto de apertura del proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2014- 03415-1600.20.11.1089-929-1734 se profirió el **02 de marzo de 2012**, fecha que debe tomarse en cuenta para contabilizar el inicio del término de prescripción en el caso concreto. Posterior a ello, la Contraloría aquí convocada emitió el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001, el 10 de enero de 2017, respecto del cual se interpusieron respectivamente los recursos de reposición y apelación, además de tenerse que resolver el grado de consulta.

En consecuencia, el ente fiscal en comento, profirió el Auto No.000252, mediante el cual pretendió desatar los recurso interpuestos y grado de consulta, hasta el **01 de marzo de 2017**, acto administrativo que fue notificado mediante estado No. 034-207 el día **02 de marzo de 2017**, y en tal sentido, dicha providencia

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de mayo de 2012; C.P Marco Antonio Velilla Moreno, número único de radicación 50001-23-31-000-2005-30456-01

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019), CP Hernando Sánchez Sánchez, Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00129-01

únicamente quedó ejecutoriada, es decir, en firme, hasta el **03 de marzo de 2017**, momento para el cual, habían transcurrido cinco (5) años y un (1) día desde que el Auto de apertura de fecha 02 de marzo de 2012.

En este punto, es imprescindible recordar que tanto la norma como la jurisprudencia respecto de la prescripción de la acción fiscal establece que la misma solo se interrumpe cuando se dicta la providencia **en firme** que declara. Lo que nos conduce indudablemente a la revisión de la legislación en materia administrativa acerca de la firmeza de los actos administrativos, para lo cual encontramos que la norma especial, esto es la Ley 610 de 2000, guarda un vacío normativo que necesariamente conlleva a remitirnos al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esto por cuanto el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, establece:

> "Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas:
>
> 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.
> 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.
> 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido."

No obstante, de la lectura de la misma, encontramos claramente que existe un vacío normativo que conduce de forma ineludible a remitirnos a la fuente normativa que la misma norma especial establece, esto es el C.P.A.C.A., de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 610 de 2010:

> Artículo 66. Remisión a otras fuentes normativas. En los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal. En materia de policía judicial, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

Así pues, el artículo 56 antes transcrito, expresa respecto de la ejecutoriedad de las providencias que las mismas quedarán ejecutoriadas cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, sin establecer precisamente a partir de qué momento se debe entender tal situación jurídica, presupuesto que se debe armonizar con lo reglado por el artículo 87 del CPACA, norma a la que remite la ley especial para los trámites fiscales tal como se expresó antecedentemente, el cual establece al respecto:

> Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:
>
> **1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.**
> 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
> 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
> 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
> 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo." (Negrilla fuera de texto)

El numeral primero antes resaltado, el cual es el que interesa al presente asunto, dispone acerca de aquellos actos administrativos contra los cuales no procede ningún recurso, que sólo cobrarán firmeza desde el día siguiente a su notificación, comunicación o publicación. En tal sentido, sin bien el numeral tercero del artículo 56 de la Ley 610 de 2000, enuncia que las providencias quedan ejecutoriadas cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, dicha disposición se debe armonizar con el numeral primero del artículo 87 transcrito, puesto que por un lado, la norma especial invocada por la Contraloría no establece claramente a partir de cuándo se entiende tal ejecutoria, y además, dicho estamento jurídico debe interpretarse en consonancia con las disposiciones que regulan lo concerniente en materia

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Auto No.000252 del **01 de marzo de 2017**, fue notificado mediante estado No. 034-207 el día **02 de marzo de 2017**, así pues, sólo cobró firmeza hasta el día **03 de marzo de 2017**, cuando, como ya se indicó en líneas precedentes, había operado el fenómeno de la prescripción de la acción fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000. En ese sentido, al observar y analizar los presupuestos temporales del trámite fiscal encontramos que la Contraloría General de la República no sólo dejó extinguir el derecho del Estado de declarar la responsabilidad fiscal que se venía procesando dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2014-03415-1600.20.11.1089-929-1734, sino que además expidió y notificó la última de dichas providencias, esto es, Auto No.000252 del 01 de marzo de 2017, cuando ya no tenía posibilidad para hacerlo, puesto que para el momento en que dicho acto administrativo quedó en firme, ya habían transcurrido los cinco (5) años que prevé la ley, desde el auto de apertura del proceso fiscal relacionado situación que, además, genera la ausencia del elemento esencial de la competencia que requieren los actos administrativos, tal como se ha reseñará en el acápite siguiente.

3.2 VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AL SER EXPEDIDOS CON FALTA DE COMPETENCIA

El artículo 137 del C.P.A.C.A. que establece las causales de nulidad de los actos administrativos, incluye dentro de las mismas, precisamente, la expedición sin la competencia, es decir, como cuando el agente púbico realiza un acto administrativo que no estaba previsto dentro de su esfera de atribuciones. Las reglas de competencia son, sin lugar a dudas, presupuestos básicos en el ejercicio de cualquier acción oficial, por ello se dice que obedecen al orden público, por lo que advertida la incompetencia por cualquier órgano de control (administrativo o jurisdiccional), ésta debe ser declarada como tal aun oficiosamente, como lo ha advertido en H. Consejo de Estado:

> "(..) Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas **Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.**
>
> **El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso**. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y en ese sentido, el H. Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre los factores en los que se encuadra la asignación de competencias a la administración, cuya ausencia da lugar a la nulidad de la decisión:

> "52. Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional,

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

el material, el territorial y, en algunos casos, el temporal. La expedición de un acto administrativo en ausencia de cualquiera de ellos da lugar a la nulidad de la decisión:

> 52.1. Factor funcional: Se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas.
> 52.2. Factor material: Supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió.
> 52.3. Factor territorial: Parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones.
> **52.4. Factor temporal: Es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio**.[3] (Negrillas y subrayados propios)

Ahora bien, el proceso de responsabilidad fiscal se adelantada con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen un daño al patrimonio del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 610 del 15 de agosto de 2000 "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", que dispone en su artículo 1° lo siguiente:

> "Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Así mismo, como se mencionó en el acápite anterior, la Ley 610 de 15 de agosto de 2000, reguló expresamente lo concerniente a la caducidad y prescripción de la acción fiscal, en su artículo 9°, donde prevé, que la acción de responsabilidad fiscal prescribirá cinco (5) años contados a partir del auto de apertura, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

Es decir, que a la Contraloría se le ha establecido una competencia temporal para adelantar todas las actuaciones tendientes a dictar un fallo que declare la responsabilidad fiscal del servidor público y/o del particular que ejerza gestión fiscal y cause un daño patrimonial al Estado, al cabo del cual prescribe la responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho del Estado de imputar responsabilidad fiscal a quien venía procesando.

Así las cosas, el órgano de control pierde su competencia para conocer de un asunto investigado luego de habiendo transcurrido el periodo de tiempo indicado en la norma antes transcrita, no se ha proferido decisión final debidamente ejecutoriada sobre la responsabilidad fiscal. En este sentido, la configuración del fenómeno extintivo de la prescripción de la acción fiscal, devine necesariamente en la ausencia o pérdida de competencia de un órgano de control, como en este caso, el ente fiscal; situación que como se ha manifestado al inicio de esta consideración, la competencia como elemento esencia de validez de los actos administrativos que se profieren por la administración, desencadena la nulidad insaneable cuando se carece de dicho requisito.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Auto No.000252 del **01 de marzo de 2017**, fue notificado mediante estado No. 034-207 el día **02 de marzo de 2017**, así pues, sólo cobró firmeza hasta el día **03 de marzo de 2017**, cuando, como ya se indicó en líneas precedentes, había operado el fenómeno de la prescripción de la acción fiscal, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, y por ende,

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", dos (02) de julio de dos mil veinte (2020), CP: William Hernández Gómez, Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00032-00(0098-17).

Bogotá – Cra 11A No. 94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
GHA ABOGADOS & ASOCIADOS

cuando el órgano de control carecía de competencia para ello, pues había prescrito el límite de tiempo impuesto por el ordenamiento jurídico para que la administración pueda ejercer su poder decisorio, sin que la misma profiriera decisión en firme.

En ese sentido, al observar y analizar los presupuestos temporales del trámite fiscal encontramos que la Contraloría General de la República no sólo dejó extinguir el derecho del Estado de declarar la responsabilidad fiscal que se venía procesando dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2014-03415-1600.20.11.1089-929-1734, sino que además expidió y notificó la última de dichas providencias, esto es, Auto No.000252 del 01 de marzo de 2017, cuando ya no tenía posibilidad para hacerlo, puesto que para el momento en que dicho acto administrativo quedó en firme, ya habían transcurrido los cinco (5) años que prevé la ley, desde el auto de apertura del proceso fiscal relacionado situación que genera la ausencia del elemento esencial de la competencia que requieren los actos administrativos.

3.3 LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE SE ATACAN SE EXPIDIERON CON VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA DE MI PROCURADA

En primer lugar, debemos recordar acerca del debido proceso, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en expresar que, en los procesos fiscales, el ente encargado debe garantizar la observancia de las garantías sustancias y procesales que configuran el debido proceso, esto en cumplimiento de los principios reguladores de la acción en comento. Así las cosas, la Corte ha indicado:

> " (...) en este sentido, se ha sostenido que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal."[4]

De igual forma, el debido proceso es uno de los principios orientadores de la acción fiscal, previsto en el artículo 2° de la Ley 610 de 200:

> Artículo 2°. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

Así mismo, es necesario recordar cómo la Corte Constitucional ha definido el debido proceso, y las garantías generales que lo integran, entre esas, el derecho de defensa, así:

> "La Corte Constitucional ha definido este derecho, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. **Entre las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso, pueden citarse**, siguiendo en gran medida la sentencia C-341 de 2014, entre otras, las siguientes: (...)
>
> (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable **De este derecho hacen parte**, la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa, los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, **a la práctica, contradicción y valoración de las pruebas recaudadas,** a la buena fe y a la lealtad procesal"[5] (Negrilla y subrayado fuera de texto)

[4] Sentencia C-557 de 2001
[5] Sentencia C-083 de 2015

APCM

De lo anterior se desprende que el uso de todos los medios probatorios pertinentes por las partes intervinientes dentro del trámite fiscal, en este caso, mi procurada en calidad de tercero civilmente responsables, constituye precisamente una de las garantías que integran el derecho al debido proceso, más concretamente, el derecho de defensa.

Tal es el caso que de conformidad con los artículos 51° y 52 de la Ley 610 de 2000, deberán decretarse las pruebas que se consideren pertinentes y conducentes, su negativa es susceptible de recursos de reposición y apelación, **y solamente tras la práctica de las pruebas decretadas el funcionario competente deberá proferir su decisión**.

> Artículo 51. Decreto y práctica de pruebas. Vencido el término anterior, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta (30) días. El auto que decrete o rechace las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición. Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.
>
> Artículo 52. Término para proferir fallo. Vencido el término de traslado y **practicadas las pruebas pertinentes, el funcionario competente proferirá decisión de fondo,** denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro del término de treinta (30) días. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En el presente caso, el día 30 de septiembre de 2016 se radicó en nombre de mi prohijada, escrito que contiene los argumentos de defensa en contra del Auto No 446 del 12 de septiembre de 2016 que adicionó el Auto No.139 del 25 de marzo de 2014, solicitando sendas pruebas que constituyeron base de la defensa de mi procurada dentro de dicho trámite.

No obstante, la Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, mediante Auto No.521 del 24 de octubre del 2016 decidió decretar sólo una de las pruebas allí solicitadas, decisión que fue objeto de recurso de reposición y apelación, por lo que mediante Auto No. 1448 del 27 de diciembre de 2016, providencia que resolvió el recurso de apelación del Auto No.521, el ente fiscal decidió revocar la decisión del A Quo de no acceder a sendas pruebas de oficio requeridas por mi procurada y otros de los intervinientes, y por el contrario, accedió a decretar las siguientes pruebas tras considerar que eran pertinentes y conducentes para proferir una decisión en el asunto:

> "(1) Oficiar a la Aseguradora ALLIANZ SEGUROS S.A., para que remita con destino a este proceso certificación en la que conste la disponibilidad de la suma aseguradora (sic) en la Póliza de Manejo Global Estatal No. MAEZ- 191 (sic) con vigencia desde el 9 de Mayo de 2008 al 29 de Enero de 2010 y la Póliza de Manejo Global Estatal No. MAES-285, con vigencia desde el 29 de Enero de 2010 al 29 de enero de 2011,
>
> (2) Oficiar a la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, se ofice a dicha Unidad y/o se exhorte al Ministerio de Relaciones Exteriores, apra que mediante su intervención se realice la búsqueda de bienes y aligue la información corespondiente a los bienes de propiedad de HAFIRA VE HATZIVA LTDA y de GAI CHEN,
>
> (3) Oficiar al BANCO DE BOGOTÁ, para que allegue la correspondiente certificación o Contrato que tenía con el Banco HAPOALIM B.M., Israel que otorgo la Garantía Bancaria No.448-02-000003-5 de fecha 22 de Diciembre de 2009 y sus adiciones; así como los documentos con los cuales avaló la garantía bancaria otorgado por el Banco Hapoalim B.M. de Israel, su correspondencia cruzada y la adena o negocio jurídico en el que se consignaron los compromisos que adquirían las entidades bancadas para con los beneficiarios de esta garantía, es decir, METROCALI,
>
> (4) Oficiar a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Delitos contra la Administración Pública, Seccional Valle del cauca, con el fin que allegue con destino a este Despacho,

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

copia del (los) proceso(s) penal(es) adelantados contra la Sociedad HAFIRA VE HATZIVA LTD (sic) cuyo demandante es METROCALI, así como certificación si esta se constituyó como parte civil dentro del correspondiente proceso penal en aras de la recuperación del dinero adeudado por la Sociedad Hafira Ve Hatziva Ltda. Con ocasión del anticipo entregado en el Contrato MCOP-03-07 y el estado actual del (los) proceso(s) penal(es),

(5) Solicitar traslado de las pruebas contenidas en el Proceso Ejecutivo con numero de radicado 76001233330032015002140 0 que cursa ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Valle del Cauca, cuyo demandante es METROCALI y demandado HAFIRA VE HATZIVA LTD. (sic) y certificación del estado actual de proceso.''

Pese a ello, como se observa dentro del plenario, muchas de dichas pruebas **no fueron ni siquiera recaudadas efectivamente antes de proferir el Fallo con responsabilidad fiscal No.001 del 10 de enero de 2017,** tal como reconoce la misma Entidad demandada en su escrito de contestación:

Con el fin de obtener el recaudo probatorio, mediante Oficio con radicado No. 2016ER0143706 de fecha 11 de noviembre de 2016, se solicitó la información a Allianz Seguros S.A. La Aseguradora dio respuesta mediante oficio No. 2017ER0004702 de fecha 20 de enero de 2017.

Mediante oficio No. 2016IE0112665 de fecha 29 de diciembre de 2016, se solicitó la información a la Unidad de Cooperación Nacional Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de bienes. Entidad que mediante correo electrónico del 10 de enero de 2017 y oficio No. 2017IE0004039 del 20 de enero de 2017, responde a la solicitud.

Con oficio No. 2016EE0163623 de 29 de diciembre de 2016, la Gerencia solicitó la información al Banco de Colombia, requerimiento reiterado con oficio 2017EE0002140 del 11 de enero de 2017. El Banco da respuesta a la solicitud con oficio No. 2017ER0007082 de fecha 27 de enero de 2017.

Se solicitó información a la Fiscalía General de la Nación mediante oficio No. 2016EE163629 del 29 de diciembre de 2016. La Fiscalía Seccional 100 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, da respuesta a la solicitud mediante oficio No. 2017ER001260 del 6 de enero de 2017.

Mediante oficio No. 2016EE0163634 de fecha 29 de diciembre de 2016, se solicitó la información al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. A folios (4445 a 4446) obra la impresión de Consulta en la página web de la Rama Judicial, fechada del 10 de enero de 2017, sobre el estado actual del proceso ejecutivo y las actuaciones surtidas, cuyo mandante es METROCALI y demandado HAFIRA VE HATZIVA LTDA. El tribunal da respuesta, con oficio No. 2017ER003312 de fecha 16 de enero de 2017, indicando que el proceso se encuentra en trámite ante el Consejo de Estado.

La Gerencia Colegiada del Valle del Cauca, profirió el Fallo con responsabilidad fiscal No. 001 de fecha 10 de enero de 2017, teniendo en su poder la respuesta de la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, y de la Fiscalía General de la Nación.

Como se ve entonces, el ente de control profirió el Fallo con responsabilidad Fiscal No. 001 del 10 de enero de 2017 sin haberse practicado y considerado las pruebas decretadas mediante Auto No. 1448 del 27 de diciembre de 2016, salvo las concernientes a la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes y la Fiscal 100 Seccional, Unidad de Delitos contra la Administración Pública. En lo que tiene que ver con la información solicitada al Banco de Bogotá, Allianz Seguros S.A. y al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, resulta pertinente auscultar qué pasó con cada de una de estas pruebas, así:

En lo concerniente con el oficio remitido al Banco de Bogotá para que allegue la correspondiente certificación o Contrato que tenía con el Banco HAPOALIM B.M., Israel que otorgo la Garantía Bancada No.448-02-000003-5 de fecha 22 de Diciembre de 2009 y sus adiciones; así como los documentos con los

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

cuales avaló la garantía bancada otorgado por el Banco Hapoalim B.M. de Israel, su correspondencia cruzada y la adenda o negocio jurídico en el que se consignaron los compromisos que adquirían las entidades bancadas para con los beneficiados de esta garantía, es decir, METROCALI, elemento probatorio de especial debate e importancia con relación a la responsabilidad fiscal que se investiga y ahora se endilga a los presuntos responsables declarados.

Se observa, tal como se mostró el líneas precedentes, que la Contraloría remitió el oficio requiriendo tal información el 29 de diciembre de 2016, pero el sello de radicado dentro de la entidad financiera en comento, aparece con fecha 26 de enero de 2017.

También se encuentra en el expediente que reposa a folio 1734, respuesta remitida por el Banco de Bogotá el día 11 de enero de 2017, y radicada en el ente fiscal al día siguiente, donde se indica: *"Una vez realizada la respectiva validación en nuestro registros y bases de datos, se estableció que para poder atender su requerimiento, es necesario que nos indique datos específicos de la garantía como valor ordenante, beneficiario y referencia del banco, ya que con los datos suministrados no es posible realizarla búsqueda".*

Seguido de lo anterior, obra oficio remitido por la Contraloría al Banco de Occidente, el día 11 de enero de 2017, donde se indica "SEGUNDO REQUERIMIENTO". Como se observa entonces, la prueba no fue recaudada efectivamente, más aún, tal como se ha indicado, la Contraloría posterior a haber proferido el Fallo con responsabilidad fiscal No.001, siguió requiriendo a la Entidad Financiera para que allegara la información en comento, cuando habiendo precluido el término probatorio (el cual evidentemente pretermitió), y además habiendo perdido la competencia para realizar tal requerimiento, puesto que es claro que por regla general y para evitar la inseguridad jurídica, el A Quo pierde competencia para volver sobre el asunto por él resuelto, más aun cuando se trata de seguir adelantado etapas que se encuentran antes del fallo, como es el momento procesal destinado para la práctica de pruebas.

En lo atiente a la prueba de oficio solicitada a Allianz Seguros S.A. para que remita con destino a este proceso certificación en la que conste la disponibilidad de la suma aseguradora (sic) en la Póliza de Manejo Global Estatal No. MAEZ- 191 (sic) con vigencia desde el 9 de Mayo de 2008 al 29 de Enero de 2010 y la Póliza de Manejo Global Estatal No.MAES-285, con vigencia desde el 29 de Enero de 2010 al 29 de enero de 2011; pieza probatoria indispensable de la defensa de mi representada, puesto que delimita la suma máxima por la que eventual y remotamente podría ser condenada civilmente en virtud de las pólizas con las que fue vinculada al trámite, la misma no fue recaudada y no obra en el expediente, respuesta por parte de la entidad, lo que genera sin duda la violación del derecho de defensa de la aseguradora que represento.

Finalmente, en lo relacionado con el traslado de pruebas contenidas dentro del proceso ejecutivo que cursa en Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y la certificación actual del proceso en el que funge como demandante METROCALI contra HAFIRA VE HATZIVA LTD., se observa que en el plenario únicamente obra el pantallazo de la consulta que se efectuó del proceso a través de la página de la Rama Judicial, y donde se puede establecer que el proceso en efecto se encuentra en el Consejo de Estado. Tal documental, no tiene la vocación de llenar los requerimientos por los cuales fue solicitada dicha prueba.

En esa misma línea es de indicar que, el oficio remitido al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca no tiene la vocación para conseguir efectivamente tal prueba, máxime si la contraloría ya se

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

percató que el mismo se encuentra en el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en esa línea, debería entonces ser remitido el oficio es precisamente al Consejo de Estado.

En ese sentido, tal como en su momento se manifestó y se dejó en evidencia ante la Contraloría General de la República respecto de los vicios que nulitaban el trámite desde el Fallo con responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017, la Contraloría incurrió en sendas violaciones al debido proceso, derecho de defensa, esto al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, así como de lo consignado en nuestra Carta Política.

Adicionalmente, también se pretermitió la etapa procesal correspondiente a la efectiva práctica de pruebas decretadas, emitiendo un fallo y los posteriores actos administrativos, no solo sin haber recaudado todo el material probatorio que se ordenó, y lo que es más grave aún, emitiendo requerimientos a las entidades oficiadas aun después de haber proferido la providencia en comento, momento para el cual, ya no tenía competencia para hacerlo, pues una vez se ha proferido el respectivo fallo de instancia sobre el caso materia de examen, la Contraloría perdió competencia para seguir adelantando este tipo de conducta respecto del trámite, lo que demuestra con mayor certeza que en el afán de adelantar el proceso fiscal, emitió la providencia sin haber agotado plenamente la etapa probatoria, lo que sin lugar a dudas desencadena también una transgresión del principio de seguridad jurídica y legítima confianza.

Así mismo, no se debe desconocer el hecho de que habiéndose proferido el Auto No. 1448 del 27 de diciembre de 2016, en donde el Ad Quem decidió revocar la decisión tomada por primera instancia y decretar las pruebas solicitadas, se generó la confianza legítima en el actuar de la Contraloría, al punto que habiéndose radicado el mismo día en que se notificó el auto en comento, INCIDENTE DE NULIDAD, este solicitud fue desistida por sustracción de materia, pues se tenía la plena convicción de que el ente fiscal recaudaría las pruebas decretadas. Sin embargo, el actuar de la contraloría transgredió precisamente el principio de confianza legítima derivado de la buena fe, el cual se erige como un límite a la actuación de la Administración. Así, cuando, el ente fiscal profirió el auto mediante el cual revocó el auto mediante el cual se había negado la pruebas antes indicadas, y consecuentemente, decidió decretarla, se generó en mi representada la convicción en el proceder de la Contraloría, puesto tal conducta implicaba necesariamente que recaudaría las pruebas o por lo menos, haría todo lo posible por ello, sin embargo, en un actuar y cambio sorpresivo, el cual sin duda afectó a mi representada, pretermitió la etapa destinada para el recaudo de tales probanzas, tan solo nueve (9) días hábiles después de haberlas decretado.

A lo anterior se suma que el Ente demandado resolvió el recurso de reposición mediante Auto No. 0051 del 02 de febrero de 2017, interpuesto contra el Fallo de Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017, sin haberse aun resuelto el trámite de alzada respecto del incidente de nulidad radicado y reseñado en los hechos. Es decir, como se mostró en líneas precedentes, se radicó INCIDENTE DE NULIDAD cuando fue proferido el Fallo de Responsabilidad Fiscal, y la Contraloría pese a que resolvió de manera desfavorable en primera instancia dicha solicitud, no esperó a que el Ad Quem resolviera respecto del recurso interpuesto contra la negativa de no declarar la nulidad solicitada, sino que seguido de ello, profirió acto administrativo en el cual resolvió respecto del recurso de reposición contra el Fallo en comento, generando un yerro más dentro del trámite.

Así mismo, se agrega que el numeral 2 del artículo 133 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

artículo 208 del CPACA, dispone: *"(...) 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia."*

En este caso y como se relató, fue el despacho de alzada quien decidió en últimas sobre el decreto y práctica de pruebas solicitadas por mi procurada, puesto que mediante Auto No. 1448 del 27 de diciembre de 2016, el Ad Quem decidió revocar la decisión tomada por primera instancia y decretar las pruebas solicitadas; sin embargo, y en contravía de la norma antes traída a colación, en este caso, la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría de la República, procedió en contra de la providencia antes referida, puesto que la orden del superior fue clara en decretar la práctica de las pruebas en comento, sin embargo, el A Quo decidió deliberadamente no recaudarlas efectivamente.

Y, confirmando el comportamiento contraventor de los derechos fundamentales aquí invocados, la Contraloría decidió finalmente dentro de una misma providencia, esto es, el Auto No.000252 del 01 de marzo de 2017, resolver no sólo el recurso de apelación interpuesto contra el Auto No.0031 del 25 de enero de 2017 que denegó la solicitud de nulidad; sino también el recurso de alzada radicado contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017, consolidando la serie de vulneraciones a las garantías generales que hacen parte del derecho al debido proceso en perjuicio de mi representada.

3.4 EL FALLO NO. 01 DEL 10 DE ENERO DE 2017, EL AUTO NO. 0051 DEL 2 DE FEBRERO DE 2017 Y EL AUTO NO. 000252 DEL 01 DE MARZO DE 2017 PROFERIDOS DENTRO DEL PROCESO FISCAL NO. PRF-2014- 0341 5_1600.20.11.1089-929-1734 SE EXPIDIERON CON VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 133 DEL C.G.P.

Tal como se enunció anteriormente, la conducta de la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República respecto de la práctica de pruebas solicitadas por mi representada y decretadas por la Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva mediante Auto No.01448, desencadenó la transgresión del numeral 2 del artículo 133 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 208 del CPACA, el cual dispone

> "ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.(…)

En este caso y como se relató, fue el Despacho de alzada quien decidió en últimas sobre el decreto y práctica de pruebas solicitadas por mi procurada, puesto que mediante Auto No.1448 del 27 de diciembre de 2016, el Ad Quem decidió revocar la decisión tomada por primera instancia y decretar las pruebas solicitadas; sin embargo, y en contravía de la norma antes traída a colación, en este caso, la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría de la República, procedió en contra de la providencia antes referida, puesto que la orden del superior fue clara en decretar la práctica de las pruebas en comento, sin embargo, el **A Quo decidió deliberadamente no recaudarlas efectivamente.** Así entonces, el ente fiscal en comento, pretermitió el término procesal destinado para la consecución de las pruebas en comento, vulnerando no sólo el derecho de defensa de quienes están interviniendo dentro del mismo, sino transgrediendo la decisión misma del superior.

Así, cuando el ente fiscal profirió el auto mediante el cual revocó la providencia mediante la cual se había

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

negado la pruebas antes indicadas, y consecuentemente, decidió decretarla, se generó en mi representada la convicción en el proceder de la Contraloría, puesto tal conducta implicaba necesariamente que recaudaría las pruebas o por lo menos, haría todo lo posible por ello, sin embargo, en un actuar y cambio sorpresivo, el cual sin duda afectó a mi representada, pretermitió la etapa destinada para el recaudo de tales probanzas, tan solo nueve (9) días hábiles después de haberlas decretado, confirmando el comportamiento contraventor de la normatividad aquí invocada, la Contraloría, pese a que se radicaron incidentes de nulidad por parte de los garantes, no accedió ante tales peticiones y adelantó el trámite hasta su culminación, haciendo caso omiso de las evidentes transgresiones de la normatividad antes transcrita.

3.5 FALSA E INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 01 DEL 10 DE ENERO DE 2017

La Constitución Política en su artículo 29 consagra el derecho fundamental al debido proceso, que debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y validez so pena de ser declarados nulos conforme al artículo 138 del C.P.A.C.A. Estos elementos son clasificados en internos y externos. Los primeros se refieren a las formalidades que debe tener todo acto administrativo y, los segundos, pretenden dar a conocer los motivos, objeto y finalidad, lo que hace que el administrado pueda controvertir o acoger lo expresado en ellos.

La exposición de motivos es una exigencia que se deriva del debido proceso y el derecho de defensa que garantiza la transparencia del ejercicio de la actividad pública, y permite al afectado conocer lo que se pretende con el acto notificado. En consonancia con ello, el artículo 42 del C.P.A.C.A. dispuso al respecto:

> "Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos."

De conformidad con el anterior artículo citado, los actos administrativos que contengan decisiones que afecten a los particulares deben motivarse al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión garantizan el derecho de defensa y de audiencia en contra de quien se profiere la providencia y enmarcan en este caso, el contenido de la discusión. Por lo tanto, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

Sobre esta causal de anulación el Consejo de Estado ha precisado:

> "(…) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación táctica en que se apoya no corresponde a la realidad. "[6]

Dentro del proceso de responsabilidad fiscal, este principio implica que los sujetos y los supuestos fácticos

[6] Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

del fallo deben ser necesariamente los mismos del cargo, siendo que el fallo sobre responsabilidad fiscal no puede recaer sobre hechos diferentes a los contenidos en el auto de imputación o la actuación procesal se puede invalidar y en el caso de que el fallo se encuentra en firme o ejecutoriado, debe procederse a la revocatoria directa del mismo, pues resulta inviable el reproche fiscal por un cargo frente al cual los intervinientes no tuvieron ocasión de defenderse ni de solicitar pruebas:

> "**A partir del auto de imputación, las contralorías deben cumplir con el principio de congruencia,** pues este órgano de control fiscal puede mutar la investigación a otros aspectos que tengan relación con el hallazgo fiscal inicial.
>
> El principio de congruencia entre el fallo sancionatorio y los cargos imputados constituye una de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa y, por lo tanto, debe existir una relación y correspondencia en sus tres aspectos básicos: (i) congruencia personal, que hace referencia a la conformidad que debe existir entre los sujetos a que se refiere el cargo y aquellos a que se contrae el fallo; **(ii) congruencia fáctica, relacionada con la identidad entre los hechos, las conductas y las circunstancias definidas en el cargo y los que sirven de sustento al fallo, y (iii) la congruencia juridica, correspondencia entre la calificación o juicio que se hace de los hechos y su regulación jurídica que contiene el cargo que preside el fallo**.
>
> En materia fiscal, debe precisarse que los sujetos y los supuestos fácticos del fallo deben ser necesariamente los mismos del cargo (congruencia fáctica y personal). **Nótese que, si bien la imputación puede ser cambiada luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente, es claro que tal situación no podrá trascender los límites impuestos por el núcleo central del auto de cargos; en tal caso debe proferirse nuevo auto de imputación.**
>
> Si se presentan incongruencias, la actuación procesal se puede invalidar y entonces se debe proceder a subsanar las irregularidades. Pero si el fallo se encuentra en firme o ejecutoriado, conforme a la ley 1474 de 2011 (arts. 47 y 48) debe procederse a la revocatoria directa, parcial o total, por infracción a lo establecido en el artículo 29 de Constitución Política.
>
> **Lo anterior es de trascendental importancia por cuanto el servidor público ejerció su derecho de defensa sobre unos cargos formulados y no es viable que se le reproche fiscalmente por un cargo frente al cual no tuvo ocasión de defenderse ni de solicitar pruebas.**
>
> **El fallo sobre responsabilidad fiscal no puede recaer sobre hechos diferentes a los contenidos en el auto de imputación"**.[7] (Subrayados y negrillas propias)

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, encontramos que dentro del Fallo con Responsabilidad Fiscal No.01 del 10 de enero de 2017 por la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, se estableció respecto de los argumentos esgrimidos por mi procurada dentro de todo el trámite, en especial, los expresados dentro de la defensa contra el auto de imputación

> "A LOS ARGUMENTOS DE ALLIANZ SEGUROS S.A.
>
> **Establece este Despacho que el hecho generador del daño es el incumplimiento del Contrato, la no ejecución de los recursos entregados como anticipo al Contratista. Se determinó que la recuperación del anticipo de la garantía bancaria no fue posible debido a la falta de requisitos para hacerla efectiva.**
>
> Por otra parte, el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso especial que se adelanta de acuerdo a la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, que en lo relacionado con las pólizas estipula:
>
> (...) En consecuencia la prescripción de las pólizas de cumplimiento que avalan la indemnización del detrimento patrimonial será de 5 años contados a partir de la ocurrencia de los hechos para que se de apertura al proceso, para el presente caso el Proceso se apertura el 2 de marzo de 2012, es decir, dentro del término previsto por la norma y una

[7] Maritza del Socorro Quintero Jimenez y Luis Alejandro Quintero Saenz. Control Fiscal y Responsabilidad Fiscal - Segunda edición. Editorial Temis. P. 273-274

Bogotá - Carrera 7 No. 71-21 Torre A
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
GHA ABOGADOS & ASOCIADOS

vez se apertura el proceso de responsabilidad fiscal se aplica el plazo de 5 años de prescripción para decidirlo de fondo." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se observa del anterior aparte del acto administrativo transcrito, el cual se ataca, la responsabilidad fiscal en virtud de la cual se profirió el fallo, se originó el supuesto incumplimiento del Contrato de Obra Pública No. MC-OP-03-2007, la no ejecución de los recursos entregados como anticipo al Contratista; sin embargo, traigo a colación lo plasmado por el ente de control dentro del Auto de Apertura No. 016 del 2 de marzo de 2012, en donde se indicó en la "CONSIDERACIONES":

"(…) El Presidente de METROCALI S.A., el 24 de marzo de 2009, sin medir las consecuencias que con su actuación hacía, firmó Acta de inicio del Contrato MC-OP-03-0, diecisiete meses después de haberse celebrado el contrato de obra pública con la firma israelí HAFIRA VE HATZIVA LTD, donde no previó las consecuencias que tal hecho ocasionaba, pues, de antemano se sabe que los costos de materiales y de obra contratada con un termino prudencias de uno o dos meses, que dar inicio a una obra con un termino vencido que casi llega a dos año, con el agravante de que a la fecha hoy, la obra se encuentra suspendida y no se ha iniciado su ejecución.

(...) Por de (sic) la entidad contratante, fueron infraccionados los principios de eficiencia, eficacia, economía y oportunidad, los cuales se resumen de la siguiente manera:

PRINCIPIO DE EFICIENCIA: El 18 de octubre de 2007, fue suscrito el contrato con la firma israelí para la ejecución de la terminal CALIMA, la que se debía construir de acuerdo con el pliego de licitación, en un plazo de DIEZ Y MEDIO (10,5) meses, por lo tanto la obra debía estar terminada a más tardar en el mes de AGOSTO del año 2008. Solamente en el mes de marzo de 2009, esto ese, DIECISIETE (17) meses después de suscrito el contrato, el contratista presentó la PÓLIZA DE MANEJO DEL ANTICIPO, **por lo tanto se observa y se vislumbra que no hubo eficiencia por parte de la parte contratante para que el contratista presentara la garantía del anticipo a tiempo y no haber suscrito el acta de inicio con las consecuencias que esto implicaba.**

PRINCIPIO DE EFICACIA: Una vez presentada la Garantía Bancada, se firma Acta de inicio del contrato, el día 24 de marzo de 2009, **y se entrega el anticipo por valor de SEIS MIL OCHCIENTOS (sic) VEINTICINCO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO SETENTA ($6.825.268,170,oo), sin darse inicio a la contratación,** apareciendo las primeras suspensiones debido a una serie de aspectos no previstos en el contrato suscrito por el contratante, esto es, Metrocali S.A.

PRINCIPIO DE ECONOMÍA: **Después de 17 meses de suscrito el contrato, se entrega al contratista la suma equivalente al 30% del valor del contrato, (...), con las consecuencias que esto implicaba, pues había transcurrido un término más que prudente para el inicio de actividades y por obvias razones, no era lo mismo iniciar una contratación una vez suscrito el contrato que hacerlo casi dos años después.**

PRINCIPIO DE CELERIDAD: **Metrocali S.A. no fue diligente ni hubo celeridad en la gestión que le correspondía al contratista, en el sentido de haberle solicitado a tiempo la garantía bancaria que amparaba el anticipo del contrato** (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Y posteriormente, en el Auto de Imputación No. 0139 del 25 de marzo de 2014, se indicó y se circunscribió el debate sobre el presunto detrimento patrimonial investigado así:

"CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

(...) A pesar de lo anteriormente expuesto, METROCALI, suscribe acta de inicio de ejecución del contrato el 02 de Marzo de 2009 y entrega el anticipo al Contratitas, a cuentas donde HAFIRA (El Contratista), figura como titular, no se gira al Banco HAPOALIM de Israel, incumplimiento de la condición de la garantía, y no se hace seguimiento al empleo dado por parte de este, no se verifica si el contratista hace el respectivo traslado, y manejando los dineros a su libre albedrío el anticipo, (...).

DEMOSTRACIÓN DEL DAÑO

(...) De acuerdo a lo anterior, queda establecido, que la suma de dinero entregada como anticipo dentro del Contrato MC-OP-03-2007, a la firma HAFIRA VE HATZIVA LTDA,

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

identificada con el NIT. 830085636-1, cuyo objeto es la adecuación de estudios y diseños y construcción de la terminal de cabecera localizada en la Carrera 1 entre Calle 70 y 73 y obras complementarias, las que forman parte del Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros de Santiago de Cali, las sumas de SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CIENTO SETENTA PESOS ($6.825.268.170), no fue ejecutado y la posibilidad de recuperación del mismo ante la reclamación de la garantía bancaria no fue posible, pues la garantía no cumplía con los requisitos para hacerse efectiva, al tener una condición inmersa, que no fue cumplida ni por la entidad contratante METROCALI, ni por el contratista, HAFIRA VE HATZIVA, sumado a la imposibilidad de liquidación bilateral y voluntaria del contrato o la posibilidad de devolución por parte del contratistas.

(...) RESPONSABILIDAD DE LOS IMPLICADOS (...) Queda demostrado que METROCALI, representada legalmente para la época de los hechos **por LUIS EDUARDO BARRERA, suscribió acta inicio del contrato y entrego por concepto de anticipo a HAFIRA VE HATZIVA, sin el cumplimiento de los requisitos pactados contractualmente de la garantía bancaria que avalara el anticipo, dinero de los cuales dispuso el contratista con fines diferentes a la ejecución contractual y que a la fecha no ha reembolsado "** (Negrilla y sublínea fuera de texto)

Como se ve entonces, el reproche fiscal que se establece por parte del ente de control, giró en torno a la celebración y firma del contrato el día 18 de octubre de 2007, y a la posterior suscripción del Acta de inicio sólo hasta diecisiete (17) meses después y la entrega concomitante del anticipo, así como la entrega del anticipo sin el lleno de los requisitos establecidos en la garantía bancaria que se había expedido en virtud del mismo, por el Banco Israelí.

Es decir, el hecho fiscal que se reprocha se concretó finalmente en la entrega del anticipo que se efectuó en marzo de 2009, allí precisamente recae el detrimento patrimonial que se aduce o que presuntamente se configuró. Dicha situación fue amplia y bastamente manifestada por mi representada dentro del trámite fiscal, y una de las razones por las cuales se aducía la inexistencia de cobertura de la póliza MAES-285, argumento sobre el cual se hará alusión más adelante, sin embargo, la Contraloría aquí convocada, al momento de proferir el Fallo No.001 del 10 de enero de 2017, amplía sin mayor soporte el reproche o los hechos generadores de la acción fiscal en comento**, cargos frente a los cuales mi prohijada no tuvo ocasión de defenderse ni de solicitar pruebas,** incurriendo en una clara incongruencia entre lo que se estableció desde el inicio de la investigación como lo que constituía materia del trámite y lo que finalmente se consideró presupuestos tácticos y yerros constituyeron los pilares de hecho para la decisión de declarar la responsabilidad fiscal dentro del trámite en comento.

Pero además de tal yerro en que incurrió el ente de control, al violar el principio de congruencia que debe estar inmerso en todas las providencias judiciales, inclusive en este tipo de actos administrativos; la Contraloría General de la República despacha los argumentos de defensa esgrimidos por mi representada con unas líneas que de ninguna manera responden a las manifestaciones expuestas y por las cuales, las pólizas con las que fue vinculada mi procurada, podían hacerse efectivas, máxime cuando se refiere de manera escueta sólo a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, equiparando equivocadamente dicho término al de la prescripción de la acción fiscal, incurriendo en la falsa motivación que se enuncia en este acápite y por la cual deben ser nulitados los actos administrativos que se atacan, y que se explicará con más profundidad subsiguientemente, dejando en evidencia el quebrantamiento de normas superiores que debieron servir de base para la decisión que tomó el ente fiscal.

Por otra parte, mi prohijada fue incorporada dentro del Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017, en virtud de las pólizas de manejo MAES - 191, vigente desde el 09 de mayo de 2008 al

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

29 de enero de 2010, y MAES-285, vigente desde el 29 de enero de 2010 hasta el 29 de enero de 2011.

En dicho sentido, al observar las carátulas de las pólizas de Manejo Global en comento, especialmente, los límites temporales dentro de los cuales se otorgó la cobertura que allí se estipuló, se ve que el hito temporal que se estableció como hecho generador del detrimento patrimonial que se endilga, fue la suscripción del Acta de inicio del Contrato de Obra Pública MC-OP-03-07 y la entrega del anticipo, el día 24 de marzo de 2009, momento para el cual, la póliza MAES-285 no se encontraba vigente; situación frente a la cual de ninguna manera atendió la Contraloría convocada, y que como se ve de las lineas transcritas del Fallo, en las cuales se refiere a los argumentos de defensa de mi representada, no se hace alusión alguna.

Como se observa de la líneas anteriormente transcritas, la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental del Valle del Cauca, no realiza ningún tipo de consideración jurídica ni táctica respecto de la inexistente cobertura alegada y acreditada, más aún, enuncia la afectación de ambas pólizas, extendiendo de manera errada los efectos del hecho presuntamente configurativo de responsabilidad fiscal hasta el final de la vigencia de dicha póliza, es decir, hasta el 29 de enero de 2011, situación que riñe evidentemente con los hechos a los que se circunscribió la investigación fiscal desde su apertura y su posterior imputación, lo cual fue ampliado sin ningún tipo de respeto y apego al principio de congruencia procesal y al derecho de defensa de los sujetos involucrados dentro del mismo.

De acuerdo con lo manifestado, se evidencia que el Fallo No.001 contra el cual se dirige el medio de control, se encuentra indebidamente motivado, puesto que las razones de hecho y derecho para declarar en cabeza de mi representada la responsabilidad civil derivada de la acción fiscal, no da cuenta clara y eficaz de los motivos por el cual se resuelve tal decisión, lo que conduce ineludiblemente nulidad de dicho acto administrativo, máxime cuando de los reproches esgrimidos por la aseguradora que represento contra dicho acto administrativo, la Contraloría convocada no expresa completa y contundentemente las razones de peso para precisamente desvirtuar tales argumentos.

La ausencia de tales elementos de validez del Fallo No.001 proferido por la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental del Valle del Cauca, se encuentra también en los demás actos administrativos que se atacan, tal como se muestra a continuación:

- **Auto No.0051 del 02 de febrero de 2017, por medio del cual se decide sobre los recursos de reposición y apelación en el PRF-2014-03415-1600.20.07.11.1089- 929-1734**

Dentro de la providencia relacionada en el título de este acápite, la Contraloría General de la República, manifiesta dentro del acápite destinado a la POSICIÓN DEL DESPACHO, respecto de los argumentos de mi procurada:

> "(..) Establece este Despacho que el hecho generador del daño es el incumplimiento del Contrato, la no ejecución de los recursos entregados como anticipo al Contratista HAFIRA VE HATZIVA LTD. (sic) Se determinó que la recuperación del anticipo a raíz del incumplimiento del Contrato a través de la Garantía bancaria no fue posible debido a la falta de requisitos para hacerla efectiva.
>
> De acuerdo a lo anterior las pólizas globales de manejo, expedidas por ALLIANZ

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

SEGUROS S.A., cubren el riesgo amparado de acuerdo a sus condiciones generales: (...)

De acuerdo a lo anterior, encuentra este Despacho que según el clausulado de las pólizas globales expedidas, no solo cubren el riesgo amparado y se cumplen las condiciones para hacerlas efectivas, de quien en su momento se desempeño (sic) el cargo de Representante Legal de METROCALI y el cargo de responsabilidad fiscal endilgado, haciéndolas responsables de la indemnización a favor del Tesoro Nacional hasta por el valor asegurado, sin perjuicio del deducible que está a cargo del asegurado, siendo ese el tope máximo exigible.

Verificada la relación entre la causa que generó el detrimento fiscal, la acciones desplegadas en quien en su momento ejerció el cargo de representante legal, y el riesgo asumido por la aseguradora se tiene que: "...La compañía ampara a las entidades estatales contra los cargos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos por actos u omisiones, que se tipifiquen coo delitos de manejo de bienes contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal..."
Para este caso se tiene que en el trámite del Proceso se encontró responsable fiscalmente al Representante Legal de Metrocali S.A., señor LUIS EDUARDO BARRERA VERGARA, por los hechos materia de investigación, por lo que al estar amparado por la Póliza Global de Manejo por Allianz Seguros y al cubrir la Póliza el riesgo por fallo con responsabilidad fiscal es llamada la Compañía Aseguradora a responder en calidad de tercero civilmente responsable por el daño causado a Metrocali S.A., por el cual se Falló con responsabilidad fiscal en el presente proceso.

Por otra parte se verificó que los hechos que dieron origen a la acción o se encontraran dentro del fenómeno jurídico de la caducidad de acuerdo a lo estipulado en la: "Ley 610 de 2000. Artículo 9o. Caducidad y prescripción. (...) De acuerdo a lo anterior se tiene que el hecho originador del daño es el incumplimiento del Contrato, por lo cual no se ejecutó el anticipo entregado al Contratista el 24 de Marzo de 2009 y en el cual incidió directamente la conducta a título de culpa grave del Representante Legal de Metrocali S.A., señor LUIS EDUARDO BARRERA VERGARA, cubierto por la vigencia de la prórroga de la póliza desde el año 2008 en adelante. Por otra parte, el proceso de responsabilidad fiscal es un proceso especial que se adelanta de acuerdo a la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, que en lo relacionada con las pólizas estipula: (...)

En consecuencia la prescripción de las pólizas de cumplimiento que avalan la indemnización del detrimento patrimonial será de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos para que se interrumpirán con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, para el presente caso el Proceso se apertura el 2 de marzo de 2012, siendo expedida la póliza el 6 de Noviembre de 2007, es decir dentro del término previsto por la norma, cinco (5) años, y una vez se apertura el proceso de responsabilidad fiscal se aplica el plazo de cinco (5) años de prescripción para decidirlo de fondo. "

Como se observa de las anteriores consideraciones esgrimidas por la Contraloría General de la República dentro del acto administrativo en comento, el ente fiscal afirma que en efecto de acuerdo con el amparo que otorgó la compañía, existía cobertura para los hechos materia de reproche. No obstante, como se ve, nada se argumenta respecto de la afectación de dos (2) pólizas, con vigencias diferentes, de las cuales, el contrato de seguro documentado en la póliza MAES-285, ofreció cobertura sólo desde el 29 de enero de 2010 hasta el 29 de enero de 2011, periodo del tiempo para el cual, el hecho generado del presunto detrimento ya había ocurrido, esto es, con la suscripción del acta de inicio y la entrega del anticipo.

Adicionalmente, menciona el ente fiscal dentro de dicho acto administrativo que el hecho originador del daño es el incumplimiento del Contrato, por lo cual no se ejecutó el anticipo entregado al contratista, situación que como se dejó en evidencia con las alusiones que se hicieron respecto del Auto de Apertura y posterior Auto de Imputación proferidos dentro del trámite, no fue propiamente objeto de reproche, puesto

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

que el ente de control circunscribió su investigación fue precisamente a las presuntas irregularidades con relación a la entrega y pago del anticipo.

Finalmente, dentro del Auto No.0051 que resuelve los recursos de reposición interpuestos contra el Fallo No.001, se hace una breve mención en lo que concierne a la defensa esgrimida por mi representada acerca de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, que de ninguna manera puede ser equiparada con la prescripción de las acciones fiscales, dejándose en evidencia la indebida aplicación del artículo 9o de la Ley 610 de 2000, así como la ausencia de aplicación de los artículos que en materia comercial, gobiernan los contratos de seguro, específicamente lo dispuesto en el artículo 1081 del C.Co.

Sobre este punto se observa que el acto administrativo atacado, únicamente se limita a transcribir el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual, como se mostrará, sirve precisamente para demostrar todo lo contrario a lo que pretendió el ente fiscal señalar, situación que deja en evidencia la indebida motivación del acto administrativo que nos ocupa, puesto que pese a que enuncia una normatividad y realiza aparentemente unas consideraciones respecto del asunto discutido, no efectúa la correcta sustentación de sus argumentos.

En este punto, es pertinente remitirnos al artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone respecto de la vinculación del garante:

> "Artículo 44. Vinculación del garante**. Cuando el presunto responsable** o el bien o contrato **sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable**, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella. " (Negrilla y sublínea fuera de texto)

Como se observa de la norma transcrita, la vinculación del garante se efectúa cuando el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por la póliza, situación que no ocurrió dentro del presente trámite, y que constituye además de los defectos antes enunciados, indebida y falsa motivación del acto, el quebrantamiento de la norma en la que debió fundarse la vinculación, situación que será ampliada en un acápite posterior.

Dicho precepto normativo, objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-648, fue declarado exequible por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, luego de realizar las siguientes consideraciones, las cuales dejan en evidencia la falsa motivación que también se evidencia dentro del Auto No.0051 proferido por la Contraloría:

> "(..) Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto, precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.
>
> En estas circunstancias, cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

> y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza.
>
> Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, **pues de lo contrario la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.**
>
> El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se deja en evidencia con la anterior jurisprudencia transcrita, la vinculación del garante se realiza de acuerdo a los lineamientos establecidos por la norma y está determinado por el riesgo amparado, a fin de responder el pronto y efectivo pago del daño causado al erario por el contrato o bien amparado por la póliza.

No obstante, la Contraloría General de la República pese a que cita la norma antes indicada, la cual fue estudiada por la Corte Constitucional en la anterior sentencia traída a colación, y sobre la que se estimó que resultaría desproporcionado pretender que la compañía de seguros garantice riesgos no amparados por ellas, decide confirmar el fallo con responsabilidad fiscal en todas sus partes e incorporar al fallo las pólizas de Manejo Global MAES- 191 y MAES-285, las cuales, como se observa de la carátula de dichos contratos de seguro, está acreditado que cubrieron periodos de tiempo diferentes y no es posible, además que no es ni siquiera lógico, que resultaran afectadas ambas por un mismo hecho.

A la evidente falsa motivación derivada de la incoherente apreciación que hace el ente fiscal al afirmar que los contratos de seguro, en virtud de las cuales se declaró civilmente responsable a mi procurada, sí cubre los hechos objeto del proceso fiscal en razón a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que cita.

Por todos los anteriores argumentos, eventualmente se solicitará la nulidad del acto administrativo contenido en el Auto No.0051 del 02 de febrero de 2017, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición.

- **Auto No.000252 del 01 de marzo de 2017, por medio del cual se resuelve el grado de consulta, los recursos de apelación interpuestos contra el Fallo No,001 del 10 de enero de 2017.**

Los anteriores defectos mostrados, se evidencian igualmente dentro del Auto por medio del cual se resolvió los recursos de apelación contra el Fallo No.001, en el cual se consideró con relación al tema que nos atañe, esto es la inexistente cobertura de la póliza MAES-285:

> 2. LA GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DESCONOCIÓ LA FALTA DE COBERTURA EN LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL ESTATAL No. MAES-285, PARA LOS HECHOS OBJETO DE LA ACCIÓN FISCAL
>
> De acuerdo con lo anterior, no se desconoció la cobertura ya que la póliza estaba

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

> vigente cuando el señor Barrera Vergara fungió como presidente y cuando este autorizó el pago del anticipo, el 24 de marzo de 2009. Al igual la póliza estaba vigente cuando el señor Barrera Vergara no fue diligente en el seguimiento de las obligaciones del contratista que lo ocasionó que este destinara los dinero del anticipo en gastos para los cuales no se acordó que debían ser intervenidos, ocasionando así el detrimento patrimonial."

Así entonces, se observa que la Directora de Juicios Fiscales, de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, además de avalar los argumentos esgrimidos por el A Quo expuestos anteriormente, frente a los cuales se dejó en evidencia la indebida y falsa motivación además del quebrantamiento de la norma en la cual se funda la vinculación de mi procurada como garante; consideró que la póliza estaba vigente cuando el señor Barrera Vergara no fue diligente en el seguimiento de las obligaciones del contratista, desencadenando que presuntamente el dinero de anticipo se gastara en erogaciones no autorizadas, situación que como se mostró en líneas precedentes, no hace parte de la delimitación que hizo la Contraloría General de Santiago de Cali cuando inició la investigación por el asunto que nos ocupa.

Tal argumento es completamente falaz y deriva necesariamente en una falsa motivación además del quebrantamiento de las normas que regulan no solo la vinculación de los garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, sino también las normas comerciales que regulan los contratos de seguro, tal como se dejará en evidencia en acápites posteriores.

Tal argumento esgrimido dentro del Auto No.00252 por medio del cual se resolvieron los recursos de apelación conlleva a la falsa motivación enunciada, puesto que las razones expuestas por la Contraloría General de la República para tomar la decisión de confirmar en todas sus partes el Fallo No.001 son contrarias a la realidad, puesto que no es cierto que la póliza global de manejo MAES-285, ampare los hechos materia de la investigación fiscal que se adelantó, cuando está claro que el presunto detrimento, si es que eventualmente se configuró, fue anterior a la vigencia de la póliza reseñada.

3.6 LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS Y PROFERIDOS EN EL PRF2014-03415-1600.20.07.11.1089-929-1734 SE EXPIDIERON CON VIOLACIÓN DE LAS SIGUIENTES NORMAS SUPERIORES

El artículo 137 del C.P.A.C.A. consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad. La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones tal como se ha pronunciado el Consejo de Estado:

> "(…) i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2 - Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde”[8]

De acuerdo con la anterior clasificación de las modalidades en las cuales puede ocurrir dicha causal de nulidad, se mostrará respecto de las siguientes normas, las circunstancias en las que se configura la mentada causal:

- **Falta de aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio frente a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro**

El artículo 44 de la Ley 610 de 2000 que dispone lo siguiente frente a la vinculación de las compañías de seguros a los procesos de responsabilidad fiscal:

> “Artículo 44. Vinculación del garante. Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, **<u>en calidad de tercero civilmente responsable</u>**, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.
>
> La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella” (Negrillas y subrayados propios)

Ahora bien, la ley 610 de 2000 no estableció un término de prescripción para las pólizas de seguros por las cuales fuera vinculado al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, no obstante, la ley 1474 de 2011 incorporó en su artículo 120 la disposición mediante la cual dichas pólizas prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9° de la ley 610 de 2000, que ha sido previamente referido.

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

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta disposición entró a regir a partir del 12 de julio de 2011, por lo que antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, la norma que regula la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro es el artículo 1081 del Código de Comercio, que dispone:

> “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. **<u>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.</u>** 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” (Negrillas y subrayados propios)

---

[8] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Bogotá, D.C., Quince (15) de Marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

Por otra parte, el artículo 41 de la ley 153 de 1887 incorporó una solución transitoria relacionada con la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique:

> ARTÍCULO 41. La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

En el caso en concreto, la Contraloría circunscribió la investigación a las presuntas irregularidades con ocasión a la aprobación de la garantía bancada garantía por Metrocali S.A. el 02 de marzo de 2009 y la entrega del anticipo, que fue cancelado por parte de esta última el día 24 de marzo de 2009 a la firma HARIFA VE HATZIVA, por ende, el término de prescripción empezó a correr bajo el imperio del artículo 1081 del Código de Comercio y en ese sentido, se contaba hasta el día 24 de marzo de 2011 para ejercer vincular a la aseguradora, no obstante, dicha vinculación solo se hizo efectiva cuando habían transcurrido más de dos (2) años desde la ocurrencia de los hechos que soportan la acción fiscal, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 1081 citado.

Frente al particular, el H. Consejo de Estado en reciente decisión manifestó:

> "Como lo ha explicado esta Sección en varias oportunidades, la vinculación del garante al proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza civil, no fiscal, como tercero civilmente responsable, puesto que está determinada por razones inherentes al contrato de seguros, por el riesgo amparado.
>
> Lo anterior, con sustento en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 que dispone que, "(…) cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado".
>
> La Corte Constitucional, al declarar exequible la citada disposición precisó que, "(…) cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza. // Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado (…)".
>
> Ahora bien, en lo tocante al término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, valga aclarar que, para determinar cuándo es procedente acudir al artículo 927 de la Ley 610 de 200028 o al artículo 1081 del Código de Comercio, **debe tenerse en cuenta que solo con la entrada en vigor de la Ley 1474, el 12 de julio de 2011 , hay lugar a aplicar el artículo 9 de la Ley 610 de 2000,** atendiendo a que el artículo 120 de la Ley 1474 dispuso que "las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000".
>
> Lo señalado, por cuanto la Ley 610 de 2000 no estableció un término de prescripción para las pólizas de seguros por las cuales fuera vinculado al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, vacío que fue superado por el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.
>
> Al efecto, esta Sección ha precisado que "(…) **la vinculación del garante como tercero civilmente responsable es una forma de acción especial para hacer efectivo el amparo contratado y por ende puede considerarse como una acción paralela a la de la responsabilidad fiscal, aunque se surta al interior del mismo proceso, sin que sea posible equipar las dos prescripciones,** cuya naturaleza difiere la una de la otra; toda vez que, mientras en la del contrato de seguro ésta se configura ante la falta de ejercicio de las acciones por parte de quienes tienen el interés en reclamar la indemnización, en el caso de la prescripción de la

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

responsabilidad fiscal, se instituye en el marco de un proceso fiscal".

En ese contexto, antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, la norma que regula la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro es el artículo 1081 del Código de Comercio, que dispuso: (…)

A partir de lo señalado, la Sala advierte lo siguiente:

> (i) Todas las acciones derivadas del contrato de seguro pueden verse afectadas por la prescripción ordinaria y por la extraordinaria; ambas son independientes y autónomas, por lo que el término para que se configure una u otra puede transcurrir de manera simultánea; adquiere materialización jurídica la que se configure primero.
>
> (ii) En el caso concreto, la Contraloría General de la República conoció de los hallazgos fiscales según el informe de auditoría gubernamental con enfoque integral, en el mes de junio del año 2006 , y la póliza de seguro manejo global sector oficial nro. 1002936 estuvo vigente del 1 de abril de 2003 al 18 de septiembre de 2004, mientras que la póliza nro. 1003171 estuvo vigente del 18 de septiembre de 2004 al 18 de septiembre de 200534 , las cuales tenían por objeto amparar los menoscabos de los fondos o bienes de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR.
>
> La compañía aseguradora La Previsora S.A. fue vinculada en calidad de tercero civilmente responsable al proceso de responsabilidad fiscal nro. 01-07 con ocasión de la póliza nros. 1003171 por auto nro. 0361 del 9 de abril de 2008, y por la póliza nro. 1002936, por auto nro. 141 del 1 de marzo de 2010.
>
> (iii) **En consecuencia, por tratarse de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, la disposición que regula la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro era el artículo 1081 del Código de Comercio, y la que primero se consolidó en el caso, fue la prescripción ordinaria de dos años,** contabilizado desde que la Contraloría vinculó a la compañía aseguradora La Previsora S.A. en calidad de tercero civilmente responsable al proceso de responsabilidad fiscal nro. 01-07, esto es, con ocasión de la póliza nros. 1003171 el 9 de abril de 2008, y por la póliza nro. 1002936, el 1 de marzo de 2010, y comoquiera que, el fallo de responsabilidad fiscal de primera instancia fue expedido el 25 de febrero de 2013, y por auto del 3 de mayo de 2013 fueron resueltos los recursos de apelación interpuestos, adicionado por auto del 6 de mayo de 2013, se concluye la configuración de dicho fenómeno jurídico.[9]

Es así que el término de prescripción a aplicar es el de dos años de acuerdo a lo regulado en el Artículo 1081 del Código de Comercio, por cuanto la vinculación de la aseguradora no se efectúa a título de responsabilidad fiscal, sino que se deriva al contrato de seguro. Igualmente resulta oportuno destacar que en estos casos la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, cuando este no la haya hecho efectiva.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la acción fiscal recae en las presuntas irregularidades en torno a la aprobación de la garantía bancaria No. 448-02-000002-6, constituida por la sociedad HAFIRA VE HATZIVA, para avalar el buen manejo del anticipo del Contrato de Obra Pública No. MC-OP-03-07. Dicha garantía fue aprobada por METROCALI el 02 de Marzo de 2009 y el anticipo fue cancelado por parte de esta última el día 24 de Marzo de 2009 a la firma HAFIRA VE HATZIVA, hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, por lo no solamente transcurrieron más de dos años desde la ocurrencia de los hechos hasta que mi representada fue vinculada, acaeciendo el fenómeno de la prescripción frente al contrato de seguro, sino también desde que la contraloría conoció de los mismos, por cuanto la investigación preliminar se inició el 02 de Agosto de 2011 suscrito por el Director Técnico ante el Sector Físico de la Contraloría General de Santiago de Cali.

- **Falta de aplicación del Artículo 44 de la Ley 610 de 2000, dentro del Fallo No.001 del 10 de**

[9] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 25 000 23 41 000 2013 02764 01

enero de 2017

Como se mostró en el acápite referente a la falsa e indebida motivación del acto administrativo antes citado, dentro del mismo, se evidencia que la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental del Valle del Cauca no aplicó el precepto normativo contemplado en el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000, en la cual se establece que la vinculación del garante se efectúa cuando el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por la póliza.

Tal ausencia de aplicación de dicha normatividad se evidencia en la infundada decisión que tomó el ente fiscal al incorporar en el fallo en comento, a mi procurada en razón de la póliza MAES-285, vigente desde el 29 de enero de 2010 al 29 de enero de 2011, pese a que tal contrato de seguro se circunscribió única y exclusivamente para ofrecer cobertura respecto de los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos por actos u omisiones, que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal, para el periodo comprendido dentro de la vigencia antes citada, y de ninguna manera puede hacerse efectiva un contrato de seguro que no estuvo vigente para el momento en que ocurre el hecho del cual se deriva el presunto detrimento patrimonial que se investigó, en este caso, se concretó en la entrega del anticipo el 24 de marzo de 2009.

Pese a los claros escenarios en los cuales procede la vinculación del garante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la norma citada, y más aún cuando se trata de imponer en cabeza de la aseguradora responsabilidad civil en virtud de un supuesto detrimento patrimonial; la Contraloría General de la República no aplicó tal precepto normativo, y en tal sentido, el acto administrativo en comento se expidió violando lo dispuesto por dicho artículo, puesto que en el evento de que el ente fiscal lo hubiera aplicado de conformidad con lo dispuesto en el mismo, la decisión respecto de mi procurada ineludiblemente habría sido ordenar la desvinculación con relación a la póliza MAES-285, puesto que el contrato de seguro en virtud del cual se le llamó al proceso, de ninguna manera ofreció cobertura en el momento para el cual se configuró el presunto detrimento patrimonial, esto es, el 24 de marzo de 2009, cuando se realizó la entrega del anticipo.

En tal sentido, resulta evidente que la norma contemplada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 no fue aplicada dentro del acto administrativo que nos ocupa, puesto que la misma dispone que cuando el presunto responsable, o el bien **o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros,** en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La anterior premisa normativa fue violada ante la falta de aplicación, puesto que está claro que **el contrato en virtud del cual se surtió el trámite fiscal y se declaró la responsabilidad, no estaba amparado por la póliza con la cual fue convocada y posteriormente condenada mi procurada.**

- **Falta de aplicación del artículo 1073 del C.Co. en el Fallo No.001 del 10 de enero de 2017 y demás providencias que lo confirmaron.**

Como se ha manifestó exhaustivamente dentro del proceso fiscal en comento, y a lo largo de este

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

escrito, tanto al momento de ordenar la vinculación de ALLIANZ SEGUROS S.A., como cuando se decidió incorporarla al Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017 y demás providencias que confirmaron dicho acto administrativo, se omitió el estudio de los contratos de seguros ya referidos, que permitiera verificar la relación entre la causa que genera el supuesto detrimento fiscal y el riesgo asumido por la aseguradora. Respecto a la Póliza de Manejo Global Estatal No. MAES-285 se omitió verificar si los hechos que dieron origen a la acción se encontraban o no dentro de la vigencia de la misma.

Descendiendo al caso concreto tenemos que el objeto de la acción recae en las presuntas irregularidades en torno a la aceptación y aprobación de la garantía bancaria No. 448-02- 000002-6, constituida por la sociedad HARIFA VE HATZIVA, para avalar el buen manejo el anticipo del Contrato de Obra Pública No. MC-OP-03-07, suscrito entre la entidad Metro Cali S.A. y la firma Israelí HAFIRA VE HATZIVA LTD., cuyo objeto era la "*adecuación de estudios y diseños y construcción de la estación terminal de cabecera localizada en la carrera 1a entre carreras 70 y 73 y obras complementarias, las que forman parte del sistema de transporte masivo de pasajeros de Santiago de Cali".* Se tiene igualmente, que tal garantía fue aprobada por Metro Cali el 02 de marzo de 2009 y que el anticipo fue cancelado por parte de esta última el día 24 de marzo de 2009 a la firma HARIFA VE HATZIVA.

En tal sentido fue delimitada la investigación desde el Auto de Apertura y posteriormente en el Auto de imputación que en líneas anteriores se reseñaron, sin embargo, la Contraloría General de la República vinculó e incorporó dentro del Fallo No.001 a mi representada, con base en la Póliza de Manejo Global Estatal No. MAES-285, la cual tiene una vigencia desde el 29 de enero de 2010 al 29 de enero de 2011, luego resulta claro que la presunta afectación al patrimonio del Estado, que determinó el ente fiscal como configurada, carece de cobertura, como quiera que los hechos que se imputan ocurrieron antes de iniciar la vigencia del contrato de seguro que nos ocupa.

En ese sentido, además de los anteriores yerros expuestos en tal sentido, se observa una clara transgresión del artículo 1073 del Código de Comercio, el cual no fue aplicado ni se tuvo en cuenta al momento de proferir los actos administrativos atacados. Dicha disposición normativa señala lo siguiente:

> "ARTÍCULO 1073. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. **Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro**." (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Consecuentemente, resulta aplicable y totalmente procedente la aplicación del precepto normativo antes citado, ya que los hechos materia de investigación por parte de la Contraloría surgieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la póliza expedida por mí representada, careciendo de esta manera de cobertura, resultando inane la indemnización pretendida por el ente fiscal, sin embargo, la Contraloría desconoció tal situación, e incorporó a mi representada al fallo, aun sin manifestar nada respecto de esta situación, pues es claro que en lo que respecta a la póliza MAES-285, para el momento que ocurrieron los hechos base del presente proceso fiscal, la misma no se encontraba vigente.

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

- **Falta de aplicación del artículo 1056 del Código de Comercio en Fallo No.01 del 10 de enero de 2017, y demás providencias que lo confirmaron.**

En materia de seguros, el asegurador, según el Artículo 1056 del C. de Co. que dispone:

> "f...) el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado"

De acuerdo con lo anterior, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato de seguro donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera o es efectivo, las causales de exclusión o en general las de exoneración, además de las de origen legal, etc., y por tanto son esos los parámetros a los que se tiene que sujetarse al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza.

Ahora bien, como se ha expresado durante todo el presente escrito, la póliza MAES-285, circunscribió su cobertura al periodo comprendido entre el 29 de enero de 2010 al 29 de enero de 2011.

Tal delimitación temporal del objeto del contrato de seguro se realizó en virtud del artículo del Código de Comercio antes transcrito. No obstante, la Contraloría General de la República en contravía y desatendiendo la norma referida e inaplicando la misma, declaró a mi prohijada responsable civilmente por un hecho que no se encajan dentro de los extremos temporales a los cuales se delimitó la cobertura otorgada, puesto que el detrimento patrimonial que presuntamente se causó a METROCALI S.A., se ocasionó en virtud de la aprobación de la garantía bancaria del anticipo y la entrega del dinero que por este concepto se giró al contratista, hitos que ocurrieron en marzo de 2009, cuando el contrato de seguro en comento no se había ni siquiera celebrado.

Así entonces, la inaplicación de la norma referida, desencadenó que se resolviera declarar responsable civilmente a Allianz Seguros S.A. por medio del Fallo No.01 aquí atacado, en virtud de unos riesgos que no fueron trasladados para el momento en que ocurrieron.

- **Falta de aplicación del artículo 1602 del Código Civil en Fallo No.01 del 10 de enero de 2017 y demás providencias que lo confirmaron.**

En este punto y aunado a lo dicho en anteriores líneas, es menester hacer hincapié que la Contraloría General de la República en una evidente violación de las normas que rigen no solo en materia de seguros, sino en los asuntos referentes a los contratos, expidió los actos administrativos que se atacan.

Así entonces encontramos que el ente fiscal no aplicó el artículo 1602 del Código Civil, que dispone:

> "ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. " (Negrilla y sublínea fuera de texto)

En tal sentido, como se encuentra expresamente estipulado dentro de la caratula de la póliza global de Manejo No. MAES-285, tal como expresamente lo pactaron las partes en razón del precepto normativo

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

transcrito, concertaron la cobertura para al periodo comprendido entre el 29 de enero de 2010 al 29 de enero de 2011.

Así entonces, de acuerdo con la voluntad de quienes intervinieron en la celebración del Contrato de Seguro en comento, Metrocali S.A. y Allianz Seguros S.A., se otorgó la cobertura concertada en dicho contrato de seguro en el periodo temporal citado.

En tal sentido, no le resulta viable, que la Contraloría Municipal de Popayán en desatención de la norma superior consagrada en el estatuto civil, pretenda contrariar el ánimo de las partes que se involucraron en la celebración de la póliza referida, y mediante los actos administrativos que se atacan, declare a la aseguradora Allianz Seguros S.A. responsable por riesgos que ocurrieron en un momento de tiempo anterior a la celebración de dicho contrato de seguro.

3.7 DESVIACIÓN DE PODER Y FALSA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Tal como se ha mostrado en líneas anteriores, la Contraloría General de la República al proferir los actos administrativos que definieron la responsabilidad fiscal que se investigaba, incurrieron en sendos yerros y transgresiones no sólo de las normas en materia procesal, sino también en la violación de diferentes disposiciones normativas que gobiernan tanto los procesos de responsabilidad fiscal, como lo concerniente al contrato de seguro. A ello se le suma la flagrante violación de los derechos fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa de los sujetos procesales que se vieron inmersos dentro de la acción en comento.

Todas las anteriores situaciones de hecho y derecho que se han puesto de presentes, configuran por sí solas las causales de nulidad que se han explicitado, pero no puede dejarse de lado que también se erige de manera clara y contundente la desviación de poder en la que incurrió el ente de control con la expedición de dichos actos administrativos, puesto que en ejercicio de sus poderes o atribuciones fiscales, actuó en contravía del propósito que le ha sido encomendado constitucionalmente, es decir, contrario a los intereses públicos y sociales; máxime que no sólo dejó prescribir la acción fiscal en comento, sino que la argumentación presentada dentro de tales providencias, están viciadas por la falta de motivación que se explicitó en líneas anteriores.

IV. SOLICITUD

Por los argumentos expuestos a lo largo del presente escrito, solicito respetuosamente a su despacho, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, lo siguiente:

PRIMERA: Se declare la nulidad total de los siguientes actos administrativos proferidos dentro del proceso Fiscal PRF-2014-03415- 1600.20.11.1089- 929-1734:

1. Fallo con Responsabilidad Fiscal No.01 del 10 de enero de 2017 proferido por los Directivos Colegiados de la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, por medio del cual se falló con Responsabilidad Fiscal en cuantía de OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA MIL CIENTO VEINTITRES PESOS M/CTE ($8.564.580.123,00), en contra de Luis Eduardo Barrera Vergara en

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

calidad de presidente de Metrocali S.A., Hafira Ve Hatziva Ltda Subsidiaria Colombia en calidad de Contratista y Gai Chen como Representante Legal de Hafira Ve Hatziva Ltda Subsidiaria; y además, incoporó al Fallo con Responsabilidad Fiscal a las compañías MUNDIAL DE SEGUROS, ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. (ahora ALLIANZ SEGUROS S.A.) y SEGUROS COLPATRIA S.A.

2. Auto No.0051 del 02 de febrero de 2017, "QUE DECIDE SOBRE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN Y APELACIÓN EN EL PRF-2014-03415- 1600.20.11.1089- 929-1734 " proferido por los Directivos Colegiados de la Gerencia Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República, mediante el cual se confirma en su integridad la decisión recurrida dentro del Fallo No.001 del 10 de enero de 2017, proferido en el PRF-2014-03415- 1600.20.11.1089- 929-1734, adelantado en las dependencia administrativas de METROCALI S.A., y seguidamente concede el recurso de apelación, respecto de la negativa de revocar el fallo en comento.

3. Auto No.000252 del 01 de marzo de 2017, "POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE EL GRADO DE CONSULTA, LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS CONTRA EL FALLO No.001 DEL 10 DE ENERO DE 2017 Y LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS CONTRA EL AUTO NO.0031 DEL 25 DE ENERO DE 2017 PROFERIDOS DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF-2014-03415-1600.20.11.1089-929-1734" proferido por la Directora de Juicios Fiscales, de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República, mediante el cual se confirma el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017, proferido por la Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF2014-03415-1600.20.11.1089-929-1734, en contra de Luis Eduardo Barrera Vergada, Hafira Ve Hatziva Ltda Subsidiaria Colombia y Gai Chen, y el Auto No.0051 del 2 de febrero de 2016, por medio del cual se resolvieron los recursos de reposición; además, confirma la decisión de incorporar al fallo con responsabilidad fiscal, las pólizas No. C-100001527, MAES-191 y MAES-285 y 1000281 expedidas por MUNDIAL DE SEGUROS, ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. (Ahora ALLIANZ SEGUROS) y SEGUROS COLPATRIA S.A. (Hoy Axa Seguros Colpatria S.A.).

4. Constancia de ejecutoria expedida por la Secretaria Común de la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca, expedida el 2 de marzo de 2017.

SEGUNDA: Que en consecuencia de lo descrito en el acápite anterior, se decrete como restablecimiento del derecho lo siguiente:

1. La suspensión de toda actuación administrativa derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados.

2. Que se declare que no se configuró la responsabilidad fiscal endilgada a la LUIS EDUARDO BARRERA VERGARA, HAFIRA VE HATZIVA LTDA SUBSIDIARIA COLOMBIA y GAI CHEN dentro del trámite fiscal PRF-2014-03415-1600.20.11.1089-929- 1734, máxime que operó el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de la acción fiscal en comento.

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

3. Que se declare que las pólizas MAES 191 y MAES-285 no pueden hacerse efectivas por los hechos investigados en la contraloría y en virtud de los cuales se profirió el Fallo con Responsabilidad Fiscal No.001 del 10 de enero de 2017 y demás providencias que lo confirmaron.

4. Que se declare a ALLIANZ SEGUROS S.A. están exentas de toda responsabilidad civil derivada de la Responsabilidad Fiscal que se discutió dentro del trámite de dicha naturaleza PRF-2014-03415-1600.20.11.1089-929-1734

5. Que se declare la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros respecto de las pólizas MAES 191 y MAES-285 expedida por mi procurada respecto de los hechos discutidos dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-2014-03415- 1600.20.11.1089- 929-1734 que se adelantó dentro de la Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca, y de conformidad a ello, se desvincule a mis prohijadas de cualquier actuación administrativa que se esté adelantado en virtud del trámite fiscal referido.

6. Igualmente, que se declare que mi representada ALLIANZ SEGUROS S.A. tampoco está obligadas a efectuar ninguna clase de pago en virtud de las pólizas MAES 191 y MAES-285, como consecuencia de los actos administrativos que se atacan.

7. Prevenir a la convocada para que dé estricto cumplimiento al acta de conciliación o en su defecto a la posible sentencia de conformidad a los artículos 187 y ss de la ley 1437 de 2011.

TERCERA: Restituir a ALLIANZ SEGUROS S.A. el valor que se haya cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se dicte en presente proceso, o en su defecto se ordene restituir los valores que ella hubiera desembolsado con base en las pólizas MAES 191 y MAES-285, según lo ordenado por el acto administrativo cuya nulidad se solicita y por la cual se interpone esta demanda.

CUARTA: Pagar a ALLIANZ SEGUROS S.A. la suma correspondiente a los intereses moratorios y en subsidio los comerciales sobre las sumas de dinero que ellas pagaron 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 de las pólizas MAES 191 y MAES-285; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas indicadas anteriormente.

V. NOTIFICACIONES:

Mi procurada y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6A Bis N° 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica debidamente registrada en SIRNA: notificaciones@gha.com.co

No siendo otro el motivo de la presente,

Cordialmente,

Bogotá – Cra 11A No.94A-23 Of. 201
Edificio 94ª
+57 3173795688
Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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

APCM