

Señores,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Contraloría Delegada Intersectorial No. 15

UNIDAD DE INVESTIGACIONES ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

REFERENCIA:	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE:	PRF. UCC-PRF-013-2019
ENTIDAD AFECTADA:	MINISTERIO DE VIVIENDA CIUDAD Y TERRITORIO Y OTROS.
VINCULADOS:	ARTURO JOSE FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO Y OTROS.
TERCERO VINCULADO:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C Y OTROS.

ASUNTO: DESCARGOS PRONUNCIAMIENTO CONTRA EL AUTO DE IMPUTACIÓN.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sometida al control y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera. Comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN** por medio del cual se llamó a responder a mi representada en virtud de las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N°600-87- 994000000017, N° 600-87-994000000029, N°600-87-994000000023 y de Pólizas de Manejo 600-64-994000002920, N° 021715582/0 en coaseguro y N°021960729/0 en coaseguro, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de la denuncia ciudadana radicada con el No. 2017-118264-80154-D-, por medio de la cual se determinó la conformación del hallazgo ANT 2018-08 por parte de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana y la Gerencia Departamental Colegiada de Boyacá, correspondiente a los hechos irregulares relacionados con el proyecto de vivienda urbana denominado “Torres del Parque”, que se desarrolló en el predio localizado en la Calle 31 No. 16 – 69, identificado con matrícula inmobiliaria No. 070-140607 de la oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Tunja (Boyacá), y con matrícula catastral No. 010303210005000, sector conocido como El Nogal. Iniciativa aprobada por la Nación, a

través de FINDETER, en donde se invirtieron dineros en la modalidad de subsidios de vivienda del orden nacional.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 0922 del 22 octubre de 2019, el Contralor delegado Intersectorial No. 4 ordenó la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. UCC-013-2019, ordenando a la Contraloría Municipal de Tunja para que adelantara las investigaciones respecto de los recursos públicos invertidos en el proyecto de vivienda y los cuales corresponden a subsidios departamentales y municipales, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505), imputando como responsables fiscales a las siguientes personas:

- **ARTURO JOSÉ FRUCTUOSO MONTEJO NIÑO**, identificado con la C.C. No. 6.764.528, quien se desempeñaba como alcalde de Tunja, período 2008-2011, y suscribió la Unión Temporal Torres del Parque para la ejecución del proyecto de vivienda.
- **FERNANDO FLOREZ ESPINOSA**, identificado con la C.C. No. 4.109.552, quien se desempeñaba como alcalde de Tunja, período 2012-2015, y participó en la Unión Temporal Torres del Parque como ejecutor del proyecto de vivienda, adicionó recursos y prorrogó los plazos.
- **PABLO EMILIO CEPEDA NOVOA**, identificado con la C.C. No. 7.331.049, quien se desempeñaba como alcalde de Tunja, iniciando período el 1 de enero de 2016, y suscribió las resoluciones de suspensión y liquidación de la Unión Temporal Torres del Parque.
- **WILBERTH AMAURY LÓPEZ BLANCO**, identificado con la C.C. No. 7.179.229, en calidad de Gerente de ECOVIVIENDA en el período comprendido entre el 3 de enero de 2008 al 30 de junio de 2014, quien intervino en representación de la persona jurídica en la ejecución del proyecto de vivienda mediante la suscripción de adiciones, prorrogas y autorizaciones de desembolso.
- **GERMAN RAFAEL BERMUDEZ ARENAS**, identificado con la C.C. No. 7.177.731, en calidad de Gerente de ECOVIVIENDA en el período comprendido entre el 1° de julio de 2014 al 5 de abril de 2015, quien intervino en representación de la persona jurídica en la ejecución del proyecto de vivienda mediante la suscripción de adiciones, prorrogas y autorizaciones de desembolso.

- **GLORIA LUZ MARIETHA AVILA FERNANDEZ**, identificada con la C.C. No. 23.493.642, en calidad de Gerente de ECOVIVIENDA en el período comprendido entre el 6 de abril de 2015 al 31 de diciembre de 2015, quien intervino en representación de la persona jurídica en la ejecución del proyecto de vivienda mediante la suscripción de adiciones, prorrogas y autorizaciones de desembolso.
- **VIVIANA ANDREA CAMARGO REYES**, identificada con la C.C. No. 23.493.642, en calidad de Gerente de ECOVIVIENDA desde el período iniciado el 1 de enero de 2016, interviniendo en representación de la persona jurídica en la ejecución del proyecto de vivienda mediante la suscripción de adiciones, prorrogas y autorizaciones de desembolso.
- **NELSON FABIAN PEREZ BURGOS**, identificado con la C.C. No. 4.253.002, en calidad de director técnico de ECOVIVIENDA.
- **OMAR ENRIQUE SUAREZ LEANDRO**, identificado con la C.C. No. 6.776.606, en calidad de director administrativo y financiero de ECOVIVIENDA, quien participó en la evaluación de la invitación pública No. 12 de 2010 integrando el comité de contratación y en la audiencia pública de adjudicación, y selección de un inversionista.
- **MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA**, identificada con la C.C. No. 52.962.089, en calidad de secretaria jurídica del municipio de Tunja, quien participó en el proceso de constitución de la Unión Temporal Torres del Parque.
- **VICTORIA EUGENIA GRANADOS CAMACHO**, identificada con la C.C. No. 31.855.166, en calidad de asesora jurídica de ECOVIVIENDA, quien participó en el proceso de constitución de la Unión Temporal Torres del Parque.
- **JORGE ALEXANDER VARGAS MESA**, identificado con la C.C. No. 79.752.274, en calidad de director ejecutivo del Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, quien levantó la medida administrativa de incumplimiento del Proyecto Torres del Parque.
- **AIDER WILHEM BARRIOS HERNANDEZ**, identificado con la C.C. No. 79.486.984, en calidad de representante legal del Consorcio la Mejor Vivienda para Tunja, y de la Unión Temporal Torres del Parque.

- **BERNARDO GIL ZAPATA**, identificado con la C.C. No. 7.302.369, en calidad de miembro del Consorcio la Mejor Vivienda para Tunja y asociado de la Unión Temporal Torres del Parque.
- **WILLIAM DUVAN AVENDAÑO SUARES**, identificado con la C.C. No. 74.323.413, en calidad de interventor del Proyecto Torres del Parque.
- **WILSON ALFONSO RODRIGUEZ PINZÓN**, identificado con la C.C. No. 79.504.525, en calidad de Supervisor por parte de FONADE entre el período comprendido desde el mes de mayo de 2011 hasta abril de 2013.
- **JAVIER REVELO BARRETO**, identificado con la C.C. No. 79.946.166, en calidad de Supervisor por parte de FONADE entre el período comprendido desde el mes de mayo de 2013 hasta agosto de 2013.
- **JULIAN DANILO ROJAS CERQUERA**, identificado con la C.C. No. 5.824.118, en calidad de Supervisor por parte de FONADE-ENTERRITORIO entre el período comprendido desde el mes de septiembre de 2013 hasta noviembre de 2013, y luego entre febrero de 2015 hasta agosto de 2016.
- **NATHALIA CORREDOR QUIÑONES**, identificada con la C.C. No. 33.379.096, en calidad de Supervisora por parte de FONADE-ENTERRITORIO entre el período comprendido desde el mes de diciembre de 2013 hasta febrero de 2014.
- **SONIA CAROLINA LOZANO MONROY**, identificada con la C.C. No. 33.369.578, en calidad de Supervisora por parte de FONADE entre el período comprendido desde el mes de marzo de 2014 hasta enero de 2015.

Posteriormente, a través del Auto No. 268 del 17 de febrero de 2021, se adicionó el auto de apertura y se vincularon unos presuntos responsables fiscales dentro del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. UCC-PRF- 013-2019, por el presunto detrimento patrimonial con un aumento en la cuantía, para una suma total de **SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$7.940.461.325)**, e igualmente, se adicionó a los responsables fiscales, las siguientes personas:

- **HECTOR MIGUEL MOJICA MOJICA**, identificado con la C.C. No. 4.117.039, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como director técnico de

ECOVIVIENDA y realizó las labores de supervisión y vigilancia del contrato de interventoría No. 030 de 2009.

- **MIGUEL ANGEL MOLINA MUÑOZ**, identificado con la C.C. No. 1.049.603.574, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como director técnico de ECOVIVIENDA y realizó las labores de supervisión y vigilancia del contrato de interventoría No. 030 de 2009.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado

En atención a lo previamente expuesto, y previo a referirme a los argumentos por los cuales no resulta procedente la vinculación de mí representada en virtud de las pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N°600-87- 994000000017, N° 600-87-994000000029, N°600-87-994000000023 y de Pólizas de Manejo 600-64-994000002920, N° 021715582/0 en coaseguro y N°021960729/0 en coaseguro. Es preciso realizar una serie de acotaciones que desarrollaré a continuación:

I. COSA JUZGADA MATERIAL.

Es imperativo que el despacho tome en consideración que, en el marco del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal No. 2018-0870, se examinaron detenidamente las cuestiones relativas al Convenio de Cooperación Institucional N°001 de 2016 y al Contrato Interadministrativo N°002 de 2017, lo que culminó con un fallo con responsabilidad fiscal, posteriormente ratificado en grado jurisdiccional de consulta, estableciendo así la obligación de indemnizar los perjuicios causados. En virtud de lo anterior, es jurídicamente improcedente reabrir o discutir nuevamente estos temas en el ámbito de la actual acción fiscal, dado que frente al mismo opera la cosa juzgada material.

En virtud de lo anteriormente expuesto, es preciso traer a colación la decisión del proceso N°PRF 2018-0870 y lo expuesto en el auto de imputación fechado el 29 de diciembre de 2023 dentro del proceso PRF 013 de 2019, dado que permiten evidenciar que el despacho incurre en error al pretender resarcir perjuicios derivados del convenio y contrato anteriormente señalado, en tanto, ya existe un fallo al respecto, y si bien, es con relación al proyecto Estancia del Roble, no cabe duda que se trata de la misma decisión.

Acta audiencia de decisión PRF 2018-0870:

relaciona  el Convenio de Cooperación Interinstitucional No. 001 de 2016, suscrito con la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos, el Contrato Interadministrativo No. 002 de 2017, suscrito con la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, y el Contrato de Interventoría N° 001 de 2017, suscrito con la sociedad RM INGENIEROS S.A.S., en cuantía total de CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIETOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$476.576.252) e indexados a diciembre de 2022 en la suma de SEISCIENTOS SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS DIECISEIS PESOS CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$607.451.916,93), así:

Auto de imputación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC -PRF- 013-2019:

tuvo que asumir de manera posterior a la terminación de la Unión Temporal Torres del Parque, los cuales están represent  i) Convenio de Cooperación Institucional No. 01 de 2016, ii) Contrato Interadministrativo No. 002 de 2017  Contrato Interadministrativo No. 1540 del 26 de junio de 2019; En síntesis, el presunto responsable deberá responder en cuantía de **CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIETOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE M/TE sin indexar (\$485.542.837,00)**, en forma solidaria con los demás ex alcaldes, ex gerentes de Ecovivienda, los ex directores técnicos de Ecovivienda, la interventoría y el consorcio constructor inversionista, así:

En tal sentido, vale la pena realizar una precisión con relación al auto de imputación, y es que si bien hubo un error de redacción en el Convenio de Cooperación Institucional N°001 de 2016, no cabe duda de que se trata del mismo señalado en la decisión dentro del proceso N°PRF 2018-00870, dado que el auto de apertura expone con claridad lo relacionado a dicho convenio:

Que, con ocasión de la terminación de la Unión Temporal Torres del Parque, ECOVIVIENDA el 5 de octubre de 2016, suscribió con la SOCIEDAD BOYACENSE DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS —SBIA—, el convenio de cooperación interinstitucional No. 001 de 2016, cuyo objeto fue: *"Aunar esfuerzos para la realización de un peritazgo técnico para la evaluación del estado actual de las estructuras y estado de construcción del Proyecto Torres del Parque (...)"* (fl. 30);

En punto a lo anterior, aunque los contratos fueron realizados en virtud de los dos proyectos, es decir, el Proyecto Estancia del Roble y la Unión Temporal Torres del Parque, se observa

la identidad del objeto, por lo cual, resulta inviable volver a cuestionarlos dentro de la presente acción fiscal.

Al respecto diversa jurisprudencia del Consejo de Estado a expuesto lo relacionado al efecto que tiene la cosa juzgada, ejemplo de ello es la sentencia del año 2017¹ proferida por el Consejero Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, quien hace la siguiente precisión:

“La cosa juzgada es una institución de naturaleza procesal, en virtud de la cual los asuntos respecto de los que exista una decisión ejecutoriada no pueden volver a ser ventilados ante la jurisdicción, razón por la cual de conformidad con el numeral 6º del artículo 180 del CPACA constituye una excepción previa, que en caso de encontrarse acreditada debe ser decretada de oficio, *teniendo por efecto la terminación del proceso.* [...] *Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que la cosa Juzgada se estructura a partir de dos premisas, una objetiva relacionada con el objeto y la causa de la controversia, y otra subjetiva relativa a los sujetos que intervienen en un proceso* [...] En cuanto al límite subjetivo, los efectos de la cosa juzgada son por regla general interpartes, con excepción de las decisiones que producen efectos erga omnes, caso en el cual los mismos son oponibles de manera general”.
(Subraya y negrilla fuera del texto original).

En relación con la jurisprudencia anteriormente indicada, claro está, que no resulta lógico un análisis frente al convenio de Cooperación Institucional N°001 de 2016 y al Contrato Interadministrativo N°002 de 2017, comoquiera que ello ya fue analizado y resuelto por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, decisión que conllevó a la imposición de sanción y a la determinación de unos responsables fiscales.

Adicional a lo anteriormente expuesto, mediante sentencia del año 2016, proferida por el Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez, se advierte lo siguiente:

“La institución jurídica procesal de la cosa juzgada busca otorgar a las sentencias un carácter definitivo, inmutable y vinculante, lo que impide a los jueces decidir sobre una discusión que ya ha sido resuelta en sede judicial²l.
Con lo anterior, se pretende dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico, así como a las partes (sentencias inter-partes) o a la comunidad en general (fallos con efectos erga omnes). Ahora bien, en relación con los elementos para la configuración de la cosa juzgada el artículo 303 del Código General del Proceso determina que estos son: la identidad de objeto, de causa y de partes... se advierte

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicado: 05001-23-33-000-2015-02253-01, 07 de diciembre de 2017.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, Subsección A, radicado: 11001-03-15-000-2016-00356-00(AC), 17 de marzo de 2016.

que los hechos nuevos permiten un nuevo análisis del fondo del asunto únicamente en relación con estos". (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En conclusión, la decisión que se tomó dentro del Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal No. 2018-0870, la cual quedó debidamente ejecutoriada y a su vez abarcó un exhaustivo análisis del Convenio de Cooperación Institucional N°001 de 2016 y del Contrato Interadministrativo N°002 de 2017, culminando con un fallo con responsabilidad fiscal ratificado jurisdiccionalmente, impone un límite legal infranqueable en la actual acción fiscal. En atención a lo anterior, el principio de cosa juzgada material, como lo establece el ordenamiento jurídico, impide categóricamente la reapertura o nueva discusión de estos asuntos ya resueltos. En consecuencia, cualquier intento de debatir nuevamente estos temas no solo resulta jurídicamente improcedente, sino que atenta contra la seguridad jurídica y el respeto debido a la autoridad de lo definitivamente juzgado.

II. LOS HECHOS OBJETO DE LA ACCIÓN FISCAL NO PUEDEN SER TOMADOS COMO DE TRACTO SUCESIVO.

En la presente acción fiscal, es claro que el debate surge en relación con el presunto daño patrimonial causado a los intereses patrimoniales del Estado, producto de las supuestas irregularidades presentadas en la ejecución de la Unión Temporal Torres del Parque celebrada entre el municipio de Tunja, Ecovivienda y el consorcio la mejor vivienda para Tunja. En tal sentido, se estimó que el daño patrimonial ascendió a la suma de \$7.940.461.325, cifra que representa los fondos públicos entregados al consorcio constructor, ajustados en un porcentaje correspondiente a la indemnización comprobada por 156 Subsidios Familiares de Vivienda.

Adicionalmente, se contemplaron erróneamente \$485.542.837 adicionales, atribuidos a tres contratos específicos: i) el Convenio de Cooperación Institucional No. 001 de 2016, ii) el Contrato Interadministrativo No. 002 de 2017 y iii) el Contrato Interadministrativo No. 1540 del 26 de junio de 2019, destacando que, en lo que respecta a los dos primeros contratos mencionados, estos no deben ser considerados en el actual proceso, dado que ya fueron objeto de decisión y fallo en el proceso PRF 2018-0870. Es decir, los hechos constitutivos del presunto detrimento no pueden ser catalogados como de tracto sucesivo, dado que posterior al año 2013, fecha de la declaratoria de incumplimiento contractual, solo se evidencian efectos adversos futuros, pero no el hecho constitutivo del presunto detrimento en sí.

En consonancia con lo anterior, vale la pena acotar, que las fechas en las cuales se presume se pudo materializar el presunto detrimento patrimonial al Estado, datan del año 2013 e incluso con anterioridad, resaltemos entonces, el desarrollo fáctico que fue realizado por el despacho para proferir el auto de apertura, dentro del cual se destaca lo siguiente:

Mediante  del 26 de enero de 2011, se inició la ejecución del proyecto la cual iría hasta su terminación, esto es, el 26 de enero de 2013 (Lis. 1, 4005 cp No. 20 archivo cut -015). La vigencia inicial de la UNIÓN TEMPORAL TORRES DEL PARQUE, fue de dos (2) años contados a partir de su constitución; sin embargo, fue prorrogada en cuatro (4) oportunidades, venciendo el 30 de julio de 2016 (fls. 1, 3898; Fi. 4005 cd archivo cut: 019, 021 y 024)

Las fuentes de financiación del proyecto fueron de naturaleza mixta, en la medida que contaron con recursos del municipio de Tunja, con subsidios complementarios del Departamento de Boyacá, con subsidios complementarios nacionales de FONVIVIENDA y MINISTERIO DE VIVIENDA, DESARROLLO Y TERRITORIO y con subsidios de la caja de compensación COMFABOY, girándose al contratista,  informe contable del asesor externo de ECOVIVIENDA la suma de SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRECIENTOS VIENTITRÉS PESOS (\$7.297.446.323) (fi. 82) 

Que el Fondo Nacional de Vivienda — FONVIVIENDA—, el día 29 de noviembre de 2013, expidió la Resolución No. 1074, *"Por medio de la cual se declara un incumplimiento al proyecto "TORRES DEL PARQUE, en el municipio de Tunja - Boyacá"*, motivando en sus considerandos, que se habían asignados 226 subsidios familiares de vivienda de interés social, destinados a la construcción del proyecto Torres del Parque, el cual presentaba deficiencias en las obras y la ejecución física financiera del proyecto, no correspondía al porcentaje de los recursos girados, disponiendo, entre otras, hacer efectivas las garantías constituidas a favor de FONVIVIENDA, por valor de \$2.686.258.050.00, decisión que quedó ejecutoriada el 27 de marzo de 2014 (Fls. 4005 

De acuerdo con la información previamente expuesta, resulta evidente que los fondos transferidos en el marco del proyecto Torres del Parque se realizaron antes de la declaratoria de incumplimiento fechada el 29 de noviembre de 2013. En este contexto, es indiscutible que el foco del cuestionamiento por parte de este despacho recae sobre los anticipos y pagos que, presuntamente, no se destinaron al propósito contractual estipulado. En concreto, estos desembolsos constituyen el único evento generador del presunto detrimento patrimonial, caracterizado por su naturaleza de ejecución instantánea. Es importante aclarar que los sucesos posteriores relacionados con la evolución del proyecto, tales como las decisiones adoptadas en el proceso de tutela e incidente de desacato, no están vinculados con el hecho generador que estimó el presunto daño patrimonial. Dicho detrimento se ha calculado de la siguiente manera:

1. **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505)** correspondientes a los subsidios provenientes de recursos nacionales que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.
2. **CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$425.487.500)** correspondientes a los subsidios

provenientes de recursos Departamentales que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.

3. **MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$1.728.682.870)** correspondientes a los subsidios provenientes de recursos municipales complementarios que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.
4. **SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$622.763.324)** correspondientes al valor total pagado (valor inicial más adiciones) por el Contrato de interventoría **No. 030 de consultoría del 20 de diciembre de 2009**, cuyo objeto era la *“Interventoría Técnica Financiera y Ambiental para la Construcción del Proyecto de Vivienda VIP Torres del Parque del Municipio de Tunja (Boyacá)”*.
5. **CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$53.200.000)** correspondientes al valor pagado a la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos – SBIA -. Con ocasión del Convenio de Cooperación Interinstitucional No. 001 de 2016, cuyo objeto era el de *“Aunar esfuerzos para la realización de un peritazgo técnico para la evaluación del estado actual de las estructuras y estado de construcción del proyecto **TORRES DEL PARQUE** y peritazgo técnico de las torres de mampostería estructural que conforman el proyecto **ESTANCIA DEL ROBLE**”*.
6. **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS (\$241.159.125)** correspondientes al valor total pagado (valor inicial más adición) a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Con ocasión del Contrato de Interadministrativo No. 002 del 5 de junio de 2017, cuyo objeto era el de *“Realizar el estudio de evaluación geotécnica, estructura e hidráulica y diseñar las intervenciones requeridas para corregir las deficiencias en los proyectos de vivienda en ejecución: **Torres del Parque y la Estancia del Roble de la ciudad de Tunja**”*.

Se evidencia entonces, que los eventos en cuestión tuvieron lugar antes de la declaración de incumplimiento emitida el 29 de noviembre de 2013, mediante la resolución N°1074. Esto subraya una interpretación errónea por parte del despacho, al intentar vincular la caducidad de la acción fiscal con la resolución N°108 del 13 de septiembre de 2016, que dio por terminada la Unión Temporal Torres del Parque, puesto que, a pesar de que, mediante la resolución N°863 del 31 de marzo de 2016, emitida por el Ministerio, se levantó la medida administrativa de incumplimiento, es importante destacar que la resolución N°092

del 29 de septiembre de 2016 ordenó la suspensión unilateral de la Unión Temporal Torres del Parque, motivada por inconvenientes de índole técnica, administrativa, financiera y jurídica, detallados de la siguiente manera:

Resolución No. 092- 29 De Julio De 2016 - "Por Medio De La Cual Se Suspende Un Negocio Jurídico"	
I. Problemas Jurídicos	1. Escases en el suministro de agregados, de concreto y acabados; 2. Escases en el suministro de formaleta y demás herramienta necesaria para la ejecución del proyecto
II. Problemas Administrativos	1. Falta de vinculación de personal de mano de obra calificada y no calificada por parte del constructor, evidenciándose en promedio seis (6) personas por proyecto. (...) 4. Anomalías en la programación de obra. 5. Incumplimiento Reiterado de los cronogramas de obra

III. Problemas Financieros	1. liquidez manifestada directamente por parte del constructor a ECOVIVIENDA. 2. Presunto desembolso anticipado de subsidios nacionales sin cumplimiento de su objetivo. 3. Reclamaciones de elevadas deudas a proveedores; determinados por el hecho notorio en la reclamación ante ECOVIVIENDA, incluso de otros proyectos en otras entidades territoriales. 4. Alto endeudamiento manifestado directamente por el constructor en entidades financieras
IV. Problemas Jurídicos	Los consorcios y las uniones temporales regulados por la Ley 80 de 1993, son la asociación de dos o más personas para contratar con una persona jurídica de derecho público. "No están previstas para que por sí y ante sí se asocien para, como en este caso, ser socias o partícipes de la construcción. Siendo socios o partícipes del riesgo, el municipio de Tunja y Ecovivienda, han quedado en imposibilidad de obrar, por cuanto no pueden auto declararse la caducidad, no puede hacer uso de los medios legales que le da la ley para sancionar a su socio o partícipe porque se auto sancionan." (fl. 4500 cp No. 20 cd archivo cut-028)

Es pertinente señalar que, en virtud de la resolución N° 108 del 13 de septiembre de 2016, el alcalde de Tunja procedió a declarar la finalización de la Unión Temporal Torres del Parque, sin embargo, es crucial reconocer que los pagos identificados por el despacho como causantes del detrimento patrimonial se efectuaron antes de la mencionada declaratoria de incumplimiento contractual. Por lo tanto, no resulta procedente considerar a

la resolución N°108 del 13 de septiembre de 2016 como el punto de referencia temporal de los hechos. Asimismo, la suscripción del i) Convenio de Cooperación Institucional N° 001 de 2016, ii) el Contrato Interadministrativo N° 002 de 2017 y iii) el Contrato Interadministrativo N° 1540 del 26 de junio de 2019, si bien se realizaron en respuesta a la terminación de la Unión Temporal, no inciden en este caso particular. Primero, porque dichos contratos no fueron incumplidos, es decir, no causaron detrimento alguno. Segundo, aunque no constituyen parte de los hechos objeto de la presente acción fiscal, cabe destacar que ya fueron objeto de análisis en el proceso PRF N° 2018-0870.

Teniendo claro lo previamente expuesto, es de suma importancia abordar lo relacionado con la concepción frente a los hechos de ejecución instantánea en contraposición con los de tracto sucesivo, a la luz de lo señalado por el Consejo de Estado³:

*“La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; **en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo.** **En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.** En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; **por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce**”.*

En conclusión, para el caso en concreto evidentemente denota, que el presunto detrimento patrimonial se causó con ocasión al giro de una suma equivalente a \$7.940.461.324, la cual, es errónea al contemplar el i) Convenio de Cooperación Institucional N° 001 de 2016, y ii) el Contrato Interadministrativo N° 002 de 2017 dado que al analizar lo expuesto por el Consejo de Estado, serían efectos adversos futuros respecto de la no materialización del proyecto Unión Temporal Torres del Parque, pero ello no desatiende que fue el giro de esos recursos el causante del detrimento, dado que como se evidencia mediante la resolución N°1074 del 29 de noviembre de 2013, ya era claro el incumplimiento y el presunto mal manejo a los recursos girados, en esa misma línea la resolución N°108 del 13 de septiembre

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, radicado: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316), 25 de agosto de 2011.

de 2016, que declaró terminada la Unión Temporal, es otro efecto adverso, más no el hecho causante del detrimento patrimonial.

III. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.

A la luz de lo expuesto previamente, es crucial recalcar que, aunque los pagos señalados por el despacho como generadores del detrimento patrimonial fueron efectuados con antelación a la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, utilizar dicha declaratoria como punto de inicio para el cómputo del perjuicio conduce a la conclusión de que la acción fiscal ha caducado desde entonces. Esta inferencia se sustenta en la conclusión contenida en la mencionada declaratoria, la cual estableció la falta de cumplimiento del objeto contractual, la incorrecta asignación de las sumas para el desarrollo del proyecto y la consecuente terminación del mismo. (Se aclara que dicha fecha es hipotética, en tanto lo discutido fue el desembolso de esas sumas que no fueron gestionadas para el fin que se perseguía). Por tanto, es evidente que, desde esa fecha hasta la emisión del auto de apertura el 19 de octubre de 2019, ha transcurrido un periodo de 5 años y 10 meses, lo que supera con creces el término establecido en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000 para el cómputo de la caducidad de la acción fiscal.

En atención a lo previamente señalado, es importante enfatizar en lo establecido por el Consejo de Estado en diversa jurisprudencia⁴, ya que se advierte el modo del conteo de la caducidad de la acción fiscal.

*“La caducidad es el tiempo con el que cuenta la autoridad fiscal para iniciar el procedimiento correspondiente. En contraste, la prescripción, en este caso extintiva, es el lapso máximo con el que cuenta el Estado, en cabeza de la Contraloría, para proferir una decisión declarativa de la responsabilidad fiscal. **En otras palabras, en el procedimiento de responsabilidad fiscal lo que caduca es la “acción fiscal”, en tanto lo que prescribe es la posibilidad de decretar, mediante el procedimiento fiscal, la existencia de responsabilidad.** Entender la citada diferencia es de suma importancia, pues según la ley, los parámetros que permiten determinar cuándo hay caducidad o prescripción, son diferentes. **Así pues, si se quiere saber si la “acción fiscal” caducó es menester identificar la fecha de ocurrencia de los hechos generadores de la lesión al patrimonio público -extremo inicial- y la fecha del auto de apertura del procedimiento -extremo final-.** En contraposición, si lo que se pretende es determinar si la responsabilidad fiscal prescribió, el parámetro a tener en cuenta es la fecha del auto de apertura del procedimiento -extremo inicial- y la fecha en la que decisión definitiva quedó en firme -extremo final-“.*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-Descongestión, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado: 25000-23-24-000-2003-00462-01, 15 de febrero de 2018.

Con base en lo expuesto, y considerando que tanto el auto de apertura como el de imputación destacan que el presumible detrimento patrimonial se originó por los recursos públicos desembolsados al consorcio constructor, resulta evidente que la fecha crucial para calcular la caducidad es el 29 de noviembre de 2013, dado que en dicha fecha se declaró el incumplimiento y la presumible mala gestión. Así las cosas, este momento debe ser el punto de partida para determinar la caducidad de la acción fiscal, en contraposición a la fecha de terminación de la Unión Temporal el 13 de septiembre de 2016. Cabe resaltar que la terminación de la Unión Temporal fue una consecuencia derivada de la declaratoria de incumplimiento, a pesar de que posteriormente se levantó la medida de incumplimiento, fue necesario suspender el contrato debido a la carencia de recursos y la imposibilidad de continuar con la ejecución. Por ende, es el 29 de noviembre de 2013 el punto desde el cual debe iniciarse el cómputo del término de caducidad de la acción fiscal.

Al respecto, la Corte Constitucional, a través de diversos pronunciamientos ha dejado claro, que el término de los 5 años es analizado respecto a aquellos actos, hechos, omisiones u operaciones, es decir, se contabiliza desde la ocurrencia de los mismos hasta la fecha en la que se apertura el proceso:

“Para los efectos que se dejan anotados, la Corporación entendió que “el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley”, e implica “la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción”⁵ (Cursiva fuera del texto original)

Además, como se evidencia en esta sentencia, se aclara que la caducidad opera como un límite temporal de orden público, nuevamente aludiendo a que protege el interés general y no particular, entendiendo que se pregona respecto de la ocurrencia de los hechos que pueden causar un detrimento al patrimonio del Estado.

Además, el entendimiento que de la figura jurídica de la caducidad tiene la Corte no sería completo si se dejara de destacar que, en forma reiterada, la Corporación la ha diferenciado de la prescripción, al indicar, por ejemplo, que mientras la caducidad es “un límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente”, la prescripción, en su dimensión liberatoria permite dar “por extinguido un

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-836/13, expediente D-9607, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 20 de noviembre de 2013.

derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado”, por lo que, tratándose de la prescripción “se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular”⁶ (Cursiva fuera del texto original)

En conclusión y con base a los argumentos expuestos, resulta evidente que no es adecuado considerar como punto de partida para el cómputo de la caducidad una fecha distinta a la del año 2013. Los acontecimientos subsecuentes son, de hecho, consecuencias derivadas de un hecho generador único, que no es otro que la declaratoria de incumplimiento. Este enfoque busca preservar el debido proceso tanto para los presuntos responsables como para terceros civilmente vinculados. Mantener de manera arbitraria la presunción de la ocurrencia de los hechos, cuando existe una fecha clara y definida para su inicio, desatiende garantizar la seguridad jurídica de todos los involucrados en la acción fiscal.

IV. ACLARACIÓN CON RELACIÓN A LAS PÓLIZAS VINCULADAS Y QUE FUERON AFECTADAS DENTRO DEL PROCESO PRF 2018 0870.

En virtud del auto de imputación emitido por este despacho el 29 de diciembre de 2023, se destacó la falta de claridad respecto a cómo se había afectado la póliza N°2175582/0, ya que se presentó un certificado con un valor diferente al respaldo de pago aportado. Es crucial que se considere que las pólizas vinculadas en este proceso ya fueron objeto de afectación en el marco del proceso PRF 2018-0870 de la siguiente manera:

- ✓ Póliza No. 600-64-994000002920 por la suma de \$5.240.000 correspondiente al valor asegurado disponible (reconocido en el fallo) con aplicación del mínimo deducible: 1 salario mínimo.
- ✓ Póliza No. 600-87-994000000029 por la suma de \$672.625.500 correspondiente al valor asegurado disponible (reconocido en el fallo).
- ✓ Póliza No. 600-64-994000003021 (21960729) por la suma de \$237.600.000 correspondiente al valor asegurado disponible tras la aplicación del deducible 1%.
- ✓ Póliza No. 600-64-994000002675 (21715582) por la suma de \$118.800.000 correspondiente al valor asegurado disponible tras la aplicación del deducible 1% (teniendo como base \$300.000.000 de valor asegurado total indicado en la resolutive del fallo).

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-836/13, expediente D-9607, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 20 de noviembre de 2013.

Lo anterior, fue lo que conllevó a que se aportara el soporte de pago realizado, que da una suma total de MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILQUINIENTOS PESOS M/CTE \$1.034.265.500, tal y como se soporta a continuación:

banco popular

COMPROBANTE PARA RECAUDOS EMPRESARIALES No. 2531170

Nro. Cuenta /Integración /Planilla Asistida

Cuenta Cte ☒ Cuenta Ahorro

110-050-00120-5

Ciudad Bogotá. 8 8 2023

Número de Entidad o Convenio Registrado

Entidad usuario del comprobante Aseguradora Solidaria

Referencia NIT/C.C./Código de comercio/fin. Factura/otro

Nro. Identi 860524654-6 Teléfono: 646 03 50

Ref. 1 R.F. # 2918-00870

Ref. 2 Convenio 6.07.18

Ref. 3 Calle 100 # 98 45

Ref. 4

Disgenciar sólo para pagos de PILA-asistida

NIT/C.C. del aportante Año Mes

Espacio para sello o timbre

NIT 860524654-6

Cost. Bco. Nro. Cte. del Cheque Valor \$

1 01 2000 296 056 1.039.265.00

2

3

Total Efectivo \$

Cantidad () Total Cheques \$ 1.034.265.500

Total Consignación \$ 1.034.265.500

Consignantes 8605246543

8079

1.00

1.00

Consignación

Consignación

Al respecto, y con el fin de que este despacho tenga claro lo resuelto por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, es preciso traer a colación los apartes del fallo:

DECIMO CUARTO: DECLARAR como TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLE a los coaseguradores **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, identificada con NIT 860.026.182-5 (60%) y a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, identificada con NIT 860.524.654-6 (40%), por un valor individual asegurado de \$600.000.000, respecto de las siguientes pólizas:

Póliza No.	21715582
Vigencia	01-03-2015 al 06-08-2016
Tomador, asegurado y beneficiario	Municipio de Tunja
Amparos	ALCANCES FISCALES – JUICIOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL
Póliza No.	21960729
Vigencia	06-08-2016 al 20-09-2016
Tomador, asegurado y beneficiario	Municipio de Tunja
Amparos	ALCANCES FISCALES – JUICIOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL

Dichas pólizas se harán efectivas en los montos y las formas expuestas en la parte considerativa de la presente audiencia de decisión.

DECIMO QUINTO: DECLARAR como **TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** con NIT 860.524.654-6 respecto de las siguientes pólizas:

- Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N° 600-87-994000000017, vigente entre el 28 de febrero de 2015 y el 05 de abril de 2016, bajo el amparo "actos incorrectos de los servidores públicos", valor asegurado \$700.000.000.
- Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N° 600-87-994000000023, vigente entre el 18 de marzo de 2016 y el 19 de marzo de 2017, bajo el amparo "actos incorrectos de los servidores públicos", valor asegurado \$100.000.000.
- Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N° 600-87-994000000029, vigente entre el 05 de agosto de 2016 y el 19 de septiembre de 2016, bajo el amparo "actos incorrectos de los servidores públicos", valor asegurado \$700.000.000.
- Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial N° 600-64-994000002920, vigente entre el 22 de febrero de 2016 y el 22 de febrero de 2017, bajo el amparo "FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL", valor asegurado \$20.000.000.

En virtud de lo anterior, es importante que el despacho tome en consideración dicha afectación, así como los soportes de pago y los certificados de disponibilidad que se aportan con este pronunciamiento, dado que, es evidente que las sumas aseguradas se encuentran agotadas en su mayoría, debido a lo resuelto en el PRF 2018-0870.

V. EL AUTO DE IMPUTACIÓN DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2023, DESATIENDE LA CIRCULAR NO. 005 DEL 16 DE MARZO DE 2020, EXPEDIDO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

En consonancia con lo anterior, claro está, que este despacho no realizó un análisis exhaustivo de los contratos de seguro por los cuales se vinculó a mí representada, pues si esto hubiera sido así, no hubiera tenido que resolver una imputación llamando a responder a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en calidad de tercero civilmente responsable. Además, previo al auto, hubiera podido delimitar bajo una argumentación lógica, los motivos de afectación de las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos y de Manejo. Se evidencia en tal sentido que el despacho no observó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro que operó en cada una de las pólizas, la modalidad de cobertura e improcedente vinculación, entre otros aspectos cruciales que debían ser objeto de un análisis detallado, lo cual, también denota el incumplimiento de lo señalado en la circular N°005 del 16 de marzo de 2023.

En atención a lo anterior, es sumamente importante traer a colación la resolución en mención:

“Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020, expedido por la Contraloría General de la República, **“ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS DENTRO DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL”**, se destacan los siguientes:

- *Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.*
- **Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.**
- **Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.**
- *El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación-claims made), así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas, **y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del proceso de responsabilidad fiscal.** (...) Y si la modalidad del seguro es por reclamación o “claims made” deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora.*
- *El operador fiscal deberá verificar que no se realice una indebida acumulación de vigencias o de valores asegurados de las pólizas de seguros y en consecuencia la vinculación de la aseguradora se hará con sujeción a la respectiva modalidad prevista en el contrato de seguro.*
- *El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, **vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.***

Se considera de la mayor importancia, que en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regula en el proceso de responsabilidad fiscal...” (Énfasis fuera del texto original)

Es así, como el pretender afectar las pólizas de responsabilidad civil servidores públicos y manejo, con motivo al amparo de fallos con responsabilidad fiscal, es claramente una vulneración al principio indemnizatorio que reviste el contrato de seguro, además es un desconocimiento abierto a lo fijado en la resolución N 005 DEL 16 DE MARZO DE 2020, expedida por la Contraloría General de la República.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA
VINCULACIÓN DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría General de la República- Contraloría Intersectorial 15, debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura y el auto de imputación dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales de los contratos de seguro objeto de la vinculación.

Lo anterior, comoquiera que (i) operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro tal y como lo establece el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, (ii) además, dado que en relación a la sustentación de los motivos por los cuales los hechos se computan desde el día 29 de noviembre de 2013, es claro que los mismos son ciertos e inasegurables a la luz del artículo 1054 del Código de Comercio, y (iii) agotamiento de las sumas disponibles aseguradas, en razón a la decisión que se tomó dentro del proceso PRF 2018 0870, entre otros argumentos que se desarrollarán a lo largo de este escrito . En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que las pólizas incorporadas en el expediente no gozan de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

“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.”

Sobre el particular, se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, radicación No. 25000-23-24-000-2002-00907-01, al señalar:

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

En ese contexto, la vinculación del garante se encuentra circunscrita al riesgo amparado, pues de lo contrario, la norma ya mencionada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no cubiertos por ellas.

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

De este modo, en aquel documento se estableció que, antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de seguro correspondiente. Por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

“(…) 2. Cuando se vinculan...-las aseguradoras- se deben observar las siguientes situaciones:

a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado**: Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto contratado, no hay lugar a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.

b) **Establecer las condiciones particulares pactadas en el contrato de seguro, tales como vigencia de la póliza, valor asegurado, nombre de los afianzados, existencia de un deducible, etc., eso para conocer el alcance de la garantía, toda vez que de estas condiciones se desprenderá la viabilidad de la vinculación de la Compañía aseguradora al proceso.**

c) Examinar el fenómeno de la prescripción, que si bien es cierto, por vía del art. 1081 del Código de Comercio, es de dos años la ordinaria y de cinco la extraordinaria (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

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

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

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

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

(...)

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

- *Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca,*

sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.

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

• El operador fiscal deberá verificar que no se realice una indebida acumulación

de vigencias o de valores asegurados de las pólizas de seguros y en consecuencia la vinculación de la aseguradora se hará con sujeción a la respectiva modalidad prevista en el contrato de seguro.

•El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.

(...)

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.^[1] (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de las pólizas invocadas para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal.

Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario público. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en las Pólizas Seguro No. 600-64-994000002920, 600-87-994000000023, 600-87-994000000029, 600-87-994000000017, 21715582 en coaseguro y 21960729 en coaseguro, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de estas y las fechas de vigencia y sumas aseguradas. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en las pólizas antes referidas.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., así:

Frente a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000017:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000017. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente

señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

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

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato.** Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”⁷(Negrilla y subraya fuera del texto original).*

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

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”⁸.

En otra oportunidad, se señaló:

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

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

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.

*Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**⁹.*

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

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil servidores públicos No. 620-87-994000000011 fue hasta el 05 de abril de 2016, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 7 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 600-87-994000000017 SOLO SE AMPARA AL EXALCALDE FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA.

Sin que represente aceptación de responsabilidad debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 600-87-994000000017, como tomador, asegurado y beneficiario se constituyó al Municipio de Tunja de manera exclusiva:

6001994992

PÓLIZA No: 600 -87 - 994000000017

ANEXO:0

AGENCIA EXPEDIDORA: TUNJA

COD. AGE: 600 RAMO: 87 PAP:

DIA

MES

AÑO

30

03

2015

VIGENCIA DE LA PÓLIZA

DIA

MES

AÑO

HORAS

28

02

2015

23:59

FECHA DE EXPEDICIÓN

VIGENCIA DESDE A LAS

DIA

MES

AÑO

HORAS

5/

4/

016

23:59

VIGENCIA HASTA A LAS

DIA

MES

AÑO

01

03

2021

FECHA DE IMPRESIÓN

MODALIDAD FACTURACIÓN: ANUAL

TIPO DE IMPRESIÓN: REIMPRESIÓN

TIPO DE MOVIMIENTO: EXPEDICION

VIGENCIA DEL ANEXO

DIA

MES

AÑO

HORAS

28

02

2015

23:59

VIGENCIA DESDE A LAS

DIA

MES

AÑO

HORAS

5/

4/

016

23:59

VIGENCIA HASTA A LAS

DATOS DEL TOMADOR

NOMBRE: MUNICIPIO DE TUNJA

IDENTIFICACIÓN: NIT 891.800.846-1

DIRECCIÓN: CALLE 19 9-95 EDIFICIO MUNICIPAL

CIUDAD: TUNJA, BOYACA

TÉLEFONO: 7405770

DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO

ASEGURADO: MUNICIPIO DE TUNJA

IDENTIFICACIÓN: NIT 891.800.846-1

DIRECCIÓN: CALLE 19 9-95 EDIFICIO MUNICIPAL

CIUDAD: TUNJA, BOYACA

TÉLEFONO: 7405770

BENEFICIARIO: MUNICIPIO DE TUNJA

IDENTIFICACIÓN: NIT 891.800.846-1

Documento: Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000017.

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura el único cargo y funcionario que resulta amparado por la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000017, respecto de los servidores que fueron vinculados al UCC- PRF-013-2019 del Municipio de Tunja, es únicamente el señor FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA, y para generar total claridad sobre el asunto, expresamente se señaló su nombre en la carátula de las mismas condiciones, que se señalan a continuación:

6 Cargos :

FERNANDO FLOREZ ESPINOSA: ALCALDE

JOSE FERNANDO CAMARGO BELTRAN: SECRETARIO DE CONTRATACION

MARY LUZ BAEZ: SECRETARIA ADMINISTRATIVA

MARCELA DIAZ ACERO: SECRETARIO DE HACIENDA

CARLOS ALBERTO CANARIA: TESORERO

MARLEN LARROTA IZARIZA: ALMACENISTA

Documento: *Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000017, página 2.*

Por lo anterior, al tenerse acreditado con suma claridad que el único amparado con la póliza en comento el Exalcalde Fernando Flórez Espinosa, de ninguna manera podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Alcaldía Municipal de Tunja que se encuentre vinculado en el proceso fiscal.

D. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS N°600-87-994000000017.

Es esencial destacar que la póliza N°600-87-994000000017 se estableció bajo la modalidad "Claims Made", la cual imponía dos condiciones para proporcionar cobertura temporal respecto a los hechos objeto de investigación. Primero, se requería que dichos eventos ocurrieran durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad acordado. Segundo, la primera reclamación al asegurador o al asegurado debía efectuarse durante la vigencia de la póliza, no obstante, se evidencia que los hechos en cuestión tuvieron lugar el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera del periodo de cobertura acordado. Además, la primera reclamación se realizó el 17 de febrero de 2021 con la expedición del auto de adición a la apertura que vinculó a mí representada en calidad de tercero civilmente responsable, lo que confirma la carencia de cobertura temporal en este caso.

o SISTEMA DE COBERTURA.

El sistema bajo el cual opera la presente póliza, es por notificación de investigaciones y/o procesos durante la vigencia comunicados en tal periodo a la aseguradora y derivados de hechos ocurridos desde el periodo de retroactividad.

Nota: No se acepta la inclusión de textos de sistema de cobertura o relacionados con el mismo, entre otros, cláusula de limitación de descubrimiento.

o JURISDICCIÓN Colombia y aplica legislación Colombiana

Por lo anterior, es preciso señalar que, la modalidad de seguro Claims Made fue introducida

a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación del beneficiario del seguro:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años:

Sobre la reseñada modalidad de seguro, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

Se concluye que para que opere la cobertura de un seguro que se pactó bajo la modalidad “claims made” o “de reclamación”, deben cumplirse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, los siguientes requisitos: (i) que los eventos que dieron origen al proceso se encuentren dentro de la vigencia o del período de retroactividad de la póliza y (ii) que dichos eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (sinistro y reclamación dentro del término específico) deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

Ahora bien, de acuerdo con las condiciones particulares y generales de extensión de cobertura, Aseguradora Solidaria de Colombia EC otorgó un término adicional para que la reclamación fuera presentada, notificada la investigación o el proceso fiscal de mucho

después al vencimiento de la vigencia que ocurrió el **05 de agosto de 2016**, al siguiente tenor en la página 5 final 6 comienzo de la carátula de la póliza:

“EXTENSIÓN DE COBERTURA, CON TÉRMINO DE 24 MESES, Con término de 24 meses, con cobro adicional máximo del 50% de la prima ofrecida para este proceso.

Bajo esta cláusula, queda expresamente acordado que la cobertura del seguro se extiende por el período de veinticuatro (24) meses, bajo las mismas condiciones pactadas dentro del presente proceso de contratación, para amparar las reclamaciones que se formulen con posterioridad al vencimiento de la vigencia de la póliza, exclusivamente respecto de actos incorrectos y eventos cubiertos bajo la misma y ocurridos durante la referida vigencia. Esta condición opera en el caso de que la póliza sea cancelada o no renovada y/o prorrogada por la aseguradora e igualmente en caso de cancelación o no continuidad por decisión de LA ENTIDAD tomadora.”

Resulta entonces, que al haberse pactado dentro de las condiciones de amparo, que la reclamación fuera presentada dentro del periodo de vigencia señalado en la carátula de la póliza y el periodo de extensión de cobertura, se concluye que no puede hacerse efectivo el seguro al determinarse que el juicio fiscal y la vinculación de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EC., como tercero civilmente responsable en razón de la Póliza 600-87-994000000017, se realizó después de fenecer la vigencia que fue desde el **28 de febrero de 2015 hasta el 05 de agosto de 2016** e incluso el periodo de extensión de cobertura de 24 meses después de fenecida la vigencia, hasta el 05 de agosto de 2018.

Así entonces, al observar la fecha de la vigencia de la póliza incluida en el UCC-PRF-013-2019, se confirma que no puede afectarse el contrato seguro documentado en la Póliza 600-87-994000000017 por cuanto la fecha en que ésta efectivamente se incorporó en el proceso en cuestión data del 17 de febrero de 2021 mediante el Auto No. 268, mucho tiempo después de la finalización de la vigencia de la póliza, incluido el periodo de extensión de cobertura. Es más, debe advertirse que pese a que en el contrato aseguratorio se pactó que se cubrirían los hechos ocurridos desde la fecha del periodo de retroactividad otorgado y notificado durante la vigencia de esta póliza.

De esta manera, de acuerdo con los argumentos esbozados que atacan la responsabilidad del ExAlcalde Fernando Flórez Espinosa, tampoco es jurídicamente viable declarar responsabilidad fiscal en contra del citado, ni de ninguno de los presuntos responsables vinculados por su gestión en la Alcaldía de Tunja, en principio por ausencia de responsabilidad fiscal, y en segundo lugar por cuanto emerge con absoluta claridad que la fecha en que se presentó el siniestro de acuerdo a la modalidad de cobertura (reclamación

dentro del periodo de vigencia o extensión de cobertura), ocurre fuera del momento definido en las condiciones del seguro, ya que la notificación de la investigación o del proceso que involucra a la póliza de seguro en comento se dio hasta el **17 de febrero de 2021**, es decir, no se presentó dentro de la vigencia de la póliza que comprendió entre el **28 de febrero de 2015 y el 05 de agosto de 2016**, ni dentro de los dos años siguientes al fenecimiento de la misma, es decir, hasta el **05 de agosto de 2018**, fecha límite que tuvo el ente fiscal para constituir el siniestro. De manera tal, que al no ocurrir la notificación dentro de las fechas indicadas no existe cobertura temporal de la presunta responsabilidad del señor Fernando Flórez Espinosa y no surge obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. UCC-PRF-013-2019.

E. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N°600-87-994000000017.

Es preciso indicar que, con relación a la Póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000017, no existe obligación alguna que recaiga sobre este proceso de responsabilidad fiscal, dado que, la misma, ya fue materializada a través de lo resuelto en el proceso de responsabilidad fiscal N°2018-0870. Lo que conlleva a inexistencia de obligación con relación a la póliza en mención.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido

enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)¹⁰

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada**. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado**. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:

1. OBJETO DEL SEGURO
Contratar la cobertura de seguro de responsabilidad civil servidores públicos, de conformidad con lo previsto en el Artículo 52o de la Ley 1420 y el Decreto 4803 de 2010, en su artículo 56o, en los cuales se autoriza a las Entidades Estatales la constitución bajo los siguientes terminos: "..... contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en el ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal, y fiscal que deban realizar"

NOTA: EL OFRECIMIENTO DE LAS CONDICIONES BÁSICAS ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO, PREVALECE SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DEL EJEMPLAR DE LA POLIZA APORTADA, SUS ANEXOS O TEXTOS ADICIONALES CONTENIDOS EN LA POLIZA.

En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, sumado a que ya se agotó la suma disponible, dado que se afectó esta misma póliza dentro del proceso PRF 2018-0870, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

F. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"¹¹ (...)"

Otra parte de la doctrina sostiene que *“el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045),*

¹¹ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.”¹² Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza No. 600-87-994000000017, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de la póliza, esto es el 28 de febrero de 2015, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

G. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. Lo anterior encuentra sustento en las condiciones contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Exclusiones

(...)

2.1 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

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

De acuerdo a la información que se extrae del proceso fiscal, que los hechos que connotan una presunta responsabilidad fiscal relativos a la generación un probable daño fiscal atribuidos a dolo y culpa grave, e incluso posible responsabilidad penal en caso que comporten delitos bajo ninguna circunstancia, las compañías de seguro pueden amparar los actos dolosos, pues no existe discusión en cuanto a que no es posible amparar cualquier riesgo que provenga de la comisión de una conducta dolosa ni gravemente culposa, que así haya sido el Ex Alcalde Fernando Flórez Espinosa quien lo haya cometido, igualmente no goza de cobertura con el contrato de seguro. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

“A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «no producirá efecto alguno» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables”¹³.

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables, particularmente el señor Fernando Flórez Espinosa quien es el único amparado, sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000017, por cuanto dichos riesgos

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4659-2017 con Radicación No. 11001-31-03-023-1996-02422-01

no son asegurables, además por cuanto se agotó la suma disponible y es clara la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. UCC-PRF-013-2019, por cuanto, es claro que el dolo, la culpa grave y los actos delictuales representan hechos no cubiertos ni amparados con la póliza.

H. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°600-87-994000000017.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial el de Fernando Flórez Espinosa quien es el único vinculado amparado con la póliza de seguro fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarcan dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

“2 – EXCLUSIONES

EN NINGÚN CASO ESTARÁN CUBIERTOS BAJO LA PRESENTE PÓLIZA:

2.1 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS.

2.2 DAÑOS O PÉRDIDAS OCASIONADAS POR INCURRIR EL FUNCIONARIO ASEGURADO EN FALTAS, ERRORES U OMISIONES QUE NO ESTEN DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO, BIEN SEA QUE LAS MISMAS CONSTITUYAN O NO FALTAS DISCIPLINARIAS, AL TENOR DE LO DISPUESTO POR LA LEY 734 DE 2002.

(...)

2.4 CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE SURJA O PROVENGA DE UN HECHO, CIRCUNSTANCIA O EVENTO CONOCIDO POR EL FUNCIONARIO ASEGURADO PREVIAMENTE A LA FECHA DE INICIACIÓN DE ESTA PÓLIZA, CUYO CONOCIMIENTO HUBIESE INDUCIDO A UNA PERSONA RAZONABLE A CONCLUIR QUE EL MISMO PODRÍA DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN, ASÍ COMO LA REAPERTURA DE INVESTIGACIONES O RECLAMACIONES QUE HUBIEREN SIDO ANTES DEL INICIO DE VIGENCIA DE LA PÓLIZA.

(...)

2.8 ACTUACIONES DE FUNCIONARIOS DESVINCULADOS DE LA ENTIDAD TOMADORA ANTES DE LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA PRIMERA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS CONTRATADA POR ESTA CON LA COMPAÑÍA PARTIR DE LA CUAL NO HUBIESE MEDIADO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.”

CONDICIONES PARTICULARES

“j. *Exclusión de daños o pérdidas no relacionadas con el desempeño de sus funciones. No se ampara los daños o pérdidas ocasionadas por incurrir el funcionario asegurado en faltas, errores u omisiones no directamente relacionadas con el desempeño de las funciones propias de su cargo, bien sea que las mismas constituyan o no faltas disciplinarias. **Adicionalmente se excluyen las reclamaciones generadas por o resultantes del incumplimiento de cualquier obligación de carácter contractual adquirida por los funcionarios asegurados**, distintas de las inherentes a las responsabilidades de administración, adquiridas en su carácter de servidor público”.*

(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia de algún daño generado por una conducta dolosa o gravemente culposa, o que se haya causado por acciones u omisiones al margen de las funciones de su cargo, no tendrán cobertura por estar expresamente excluidas en la póliza de seguro. Adicionalmente, resulta relevante destacar que en el presente caso tampoco operaría la póliza por expresa exclusión de los hechos conocidos que sean constitutivos potencialmente de sanción fiscal, pues antes de la fecha de iniciación de la vigencia del seguro en comentario (28 de febrero de 2015), ya se había declarado con anterioridad el incumplimiento dentro de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato e igualmente se habían evidenciado los hechos que dieron origen al proceso administrativo de responsabilidad fiscal.

Por lo anterior, resulta evidente que en efecto ya era abiertamente conocido, incluso mucho antes de entrar en vigor la póliza, la existencia de presuntos detrimentos patrimoniales que podrán tener origen en la gestión fiscal de los alcaldes del Municipio de Tunja, circunstancia expresamente excluida de cobertura en el numeral 2.4 de las exclusiones generales de la póliza.

Finalmente, de otra parte, se precisa que los presuntos detrimentos en el patrimonio del Estado se originaron por el aparente incumplimiento de las obligaciones de origen contractual del Municipio en cabeza de sus representantes legales, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con el negocio jurídico denominado Proyecto Torres del Parque en el que el Municipio de Tunja fungió como contratante. De tal modo, que al advertir que en el literal J de las exclusiones plasmadas en las condiciones particulares de la póliza

se excluyó la responsabilidad contractual, tampoco existe cobertura por la presunta responsabilidad del exalcalde Fernando Flórez Espinosa en el proceso fiscal No. UCC-PRF-013-2019.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

I. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme

al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para el único amparo ofrecido en la póliza que, por la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000) a continuación se relaciona:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	LIMITE POR EVENTO
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 700,000,000.00	
	ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS	700,000,000.00	
BENEFICIARIOS			
NIT 891800846 - MUNICIPIO DE TUNJA			

Documento: **Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000017.**

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el Contrato de Seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene un límite y valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

Frente a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000029:

A. **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.**

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000029. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

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

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

actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”¹⁵(Negrilla y subraya fuera del texto original).

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

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”¹⁶.*

En otra oportunidad, se señaló:

*“En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, **por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha**, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que **“las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la***

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta”.

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

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**¹⁷.

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

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil servidores públicos No. 620-87-994000000029 fue hasta el 19 de septiembre de 2016, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023, es

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 7 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, de manera que, en el caso en concreto, se advierte que la Póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000029, fue afectada con motivo a la decisión proferida por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, efectuando un pago de \$672.625.500, tal y como se evidencia a continuación:



- Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos N° 600-87-994000000029, vigente entre el 05 de agosto de 2016 y el 19 de septiembre de 2016, bajo el amparo "actos incorrectos de los servidores públicos", valor asegurado \$700.000.000.

Dichas pólizas se harán efectivas en los montos y las formas expuestas en la parte considerativa de la presente audiencia de decisión.

banco popular

COMPROBANTE PARA RECAUDOS EMPRESARIALES No. 2531170

Nro. Cuenta / Obligación / Planilla Asistida

Cuenta Cto ☒ Cuenta Ahorro ☐

110-050-00120-5

Ciudad Bogotá Dia 6 Mes 6 Año 2023

Nombre de Entidad o Convenio Recaudador

Dirección del tesoro Nacional.

Nombre usuario del convenio

Aseguradora Solidaria

Referencias Nit/C.C./Código de convenio/Nro. Factura/Otra

Ref. 1 R.F. # 2018-09870

Ref. 2 convenio 6078

Ref. 3 calle 100 # 9A 45

Ref. 4

Nro. Ident: 860524654-8

Teléfono: 646 43 30

Diligenciar sólo para pagos de PILA-asistida

Nit/C.C del aportante

Año Mes

Espacio para sello o Timbre

1 RR201 RECAUDOS NACIONALES

Cod. Bco.

Nro. Cta. del Cheque

Valor \$

1 01 2000 296 056 1.034.265.00

2

3

Total Efectivo

\$

Cantidad (1)

Total Cheques

\$ 1.034.265.500

Total Consignación

\$ 1.034.265.500

ta: ****1205

d. Consignante: 8605246543

6079

act: 4.00

gPop: 4.00

ESTE RECIBO NO ES VÁLIDO SIN LA IMPRESIÓN DE LA MÁQUINA REGISTRADORA, EN SU DEFECTO SEHA NULANDO LA MARCA DEL PROTECTOR, PORQUE FALTA DEL CAJERO

BANCO

Por ende, y, en consecuencia, se agotó la suma disponible asegurada, lo que hace evidente la imposibilidad de afectar nuevamente la póliza objeto de discusión, ello, en atención a lo establecido en el artículo 1111 del código de comercio.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 600-87-994000000029 SOLO SE AMPARA AL EXALCALDE PABLO EMILIO CEPEDA.

Sin que represente aceptación de responsabilidad debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 600-87-994000000029, como tomador, asegurado y beneficiario se constituyó al Municipio de Tunja de manera exclusiva:

6002246913

PÓLIZA No: 600 -87- 994000000029

ANEXO:0

AGENCIA EXPEDIDORA: TUNJA

COC. AGE: 600 RAMO: 87 PAF:

DIA MES AÑO

5/ 8/ 016

VIGENCIA DE LA PÓLIZA

DIA MES AÑO

5/ 8/ 016

HORAS

23:59

DIA MES AÑO

19 09 2016

HORAS

23:59

DIA MES AÑO

45 01 03 2021

FECHA DE EXPEDICIÓN

MODALIDAD FACTURACIÓN: ANUAL

VIGENCIA DESDE

A LAS

VIGENCIA HASTA

A LAS

DIAS

FECHA DE IMPRESIÓN

REIMPRESIÓN

TIPO DE MOVIMIENTO: EXPEDICIÓN

VIGENCIA DEL ANEXO

DIA MES AÑO

5/ 8/ 016

HORAS

23:59

DIA MES AÑO

19 09 2016

HORAS

23:59

DIA MES AÑO

45 01 03 2021

DATOS DEL TOMADOR

NOMBRE: MUNICIPIO DE TUNJA

DIRECCIÓN: CALLE 19 9-95 EDIFICIO MUNICIPAL

Ciudad: TUNJA, BOYACA

IDENTIFICACIÓN NIT: 891.800.846-1

TELÉFONO: 7405770

DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO

ASEGURADO: MUNICIPIO DE TUNJA

DIRECCIÓN: CALLE 19 9-95 EDIFICIO MUNICIPAL

Ciudad: TUNJA, BOYACA

IDENTIFICACIÓN NIT: 891.800.846-1

TELÉFONO: 7405770

BENEFICIARIO: MUNICIPIO DE TUNJA

IDENTIFICACIÓN NIT: 891.800.846-1

Documento: Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000029, página 1.

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

Página 45 | 148

GHA

ABOGADOS & ASOCIADOS

NAVG

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura el único cargo y funcionario que resulta amparado por la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000029, respecto de los servidores que fueron vinculados al UCC-PRF-013-2019 por parte del Municipio de Tunja, es únicamente el señor PABLO EMILIO CEPEDA, y para generar total claridad sobre el asunto, expresamente se señaló su nombre en la carátula de las mismas condiciones, que se señalan a continuación:

Relación de Cargos asegurar: 6 Cargos:
Alcalde: Pablo Emilio Cepeda.
Secretario Administrativo: Armando Guerrero Castro
Secretaria de Contratación: Jhoana Andrea Salomón Castro
Secretario de Hacienda: Rafael Ignacio Rojas Lopez
Tesorero: Flelix Leonardo Morales Ramirez
Almacenista: Dora Esmeralda Serna Sanchez

Documento: Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000029, página 1.

Por lo anterior, al tenerse acreditado con suma claridad que el único amparado con la póliza en comento el Exalcalde Pablo Emilio Cepeda, de ninguna manera podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Alcaldía Municipal de Tunja que se encuentre vinculado en el proceso fiscal.

D. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS N°. 600-87-994000000029.

Es esencial destacar que la póliza N°. 600-87-994000000029 se estableció bajo la modalidad "Claims Made", la cual imponía dos condiciones para proporcionar cobertura temporal respecto a los hechos objeto de investigación. Primero, se requería que dichos eventos ocurrieran durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad acordado. Segundo, la primera reclamación al asegurador o al asegurado debía efectuarse durante la vigencia de la póliza, no obstante, se evidencia que los hechos en cuestión tuvieron lugar el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera del periodo de cobertura acordado. Además, la primera reclamación se realizó el 17 de febrero de 2021 con la expedición del auto de adición a la apertura que vinculó a mí representada en calidad de tercero civilmente responsable, lo que confirma la carencia de cobertura temporal en este caso.

o SISTEMA DE COBERTURA.
El sistema bajo el cual opera la presente póliza, es por notificación de investigaciones y/o procesos durante la vigencia comunicados en tal periodo a la aseguradora y derivados de hechos ocurridos desde el periodo de retroactividad.

Nota: No se acepta la inclusión de textos de sistema de cobertura o relacionados con el mismo, entre otros, cláusula de limitación de descubrimiento.

o JURISDICCIÓN Colombia y aplica legislación Colombiana

Por lo anterior, es preciso señalar que, la modalidad de seguro Claims Made fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación del beneficiario del seguro:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años:

Sobre la reseñada modalidad de seguro, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

Se concluye que para que opere la cobertura de un seguro que se pactó bajo la modalidad “claims made” o “de reclamación”, deben cumplirse, además de la ocurrencia del riesgo asegurado, los siguientes requisitos: (i) que los eventos que dieron origen al proceso se encuentren dentro de la vigencia o del período de retroactividad de la póliza y (ii) que dichos eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Esta doble exigencia consagrada en

la ley 389 de 1997 (sinistro y reclamación dentro del término específico) deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

Ahora bien, de acuerdo con las condiciones particulares y generales de extensión de cobertura, Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., otorgó un término adicional para que la reclamación fuera presentada, notificada la investigación o el proceso fiscal al servidor público hasta 24 meses después al vencimiento de la vigencia que ocurrió el **19 de septiembre de 2016**, al siguiente tenor en la página 4 de la carátula de la póliza:

“7. Extensión de cobertura, con término de 24 meses, con cobro adicional máximo del 50% de la prima ofrecida para este proceso: Bajo esta cláusula, queda expresamente acordado que la cobertura del seguro se extiende por el período de veinticuatro (24) meses, bajo las mismas condiciones pactadas dentro del presente proceso de contratación, para amparar las reclamaciones que se formulen con posterioridad al vencimiento de la vigencia de la póliza, exclusivamente respecto de actos incorrectos y eventos cubiertos bajo la misma y ocurridos durante la referida vigencia. Esta condición opera en el caso de que la póliza sea cancelada o no renovada y/o prorrogada por la aseguradora e igualmente en caso de cancelación o no continuidad por decisión de LA ENTIDAD tomadora.”

Resulta entonces, que al haberse pactado dentro de las condiciones de amparo, que la reclamación fuera presentada dentro del periodo de vigencia señalado en la carátula de la póliza y el periodo de extensión de cobertura, se concluye que no puede hacerse efectivo el seguro al determinarse que el juicio fiscal y la vinculación de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., como tercero civilmente responsable en razón de la Póliza 600-87-994000000029, toda vez que la vinculación al proceso se realizó hasta el 17 de febrero de 2021, mucho después de fenecer la vigencia que fue desde el **05 de agosto de 2016 hasta el 19 de septiembre de 2016** e incluso una vez superado el periodo de extensión de cobertura de 24 meses, es decir, hasta el **19 de septiembre de 2018**.

Así entonces, al observar la fecha de la vigencia de la póliza incluida en el PRF UCC-PRF-013-2019, se confirma que no puede afectarse el contrato seguro documentado en la Póliza 600-87-994000000029 por cuanto la fecha en que ésta efectivamente se incorporó en el proceso en cuestión data del 17 de febrero de 2021 mediante el Auto No. 268, acaeció después de la finalización de la vigencia de la póliza, incluido el periodo de extensión de cobertura. De esta manera, de acuerdo con los argumentos esbozados que atacan la responsabilidad del Exalcalde PABLO EMILIO CEPEDA, tampoco es jurídicamente viable declarar responsabilidad fiscal en su contra, ni de ninguno de los presuntos responsables

vinculados por su gestión en la Alcaldía de Tunja, en principio por ausencia de responsabilidad fiscal, y en segundo lugar por cuanto emerge con absoluta claridad que la fecha en que se presentó el siniestro de acuerdo a la modalidad de cobertura (reclamación dentro del periodo de vigencia o extensión de cobertura), ocurre fuera del momento definido en las condiciones del seguro, ya que la vinculación de la aseguradora en la investigación a través de esta póliza de seguro se dio hasta el **17 de febrero de 2021**, es decir, no se presentó dentro de la vigencia de la póliza que comprendió entre el **05 de agosto de 2016 hasta el 19 de septiembre de 2016**, ni dentro de los dos años siguientes al fenecimiento de la misma (**19 de septiembre de 2018**), fecha límite que tuvo el ente fiscal para constituir el siniestro. De manera tal, que al no ocurrir la expedición del auto ni la notificación de este dentro de las fechas indicadas no existe cobertura temporal de la presunta responsabilidad del señor PABLO EMILIO CEPEDA y no surge obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente PRF No. UCC-PRF-013-2019.

E. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N°600-87-994000000029.

Es preciso indicar que, con relación a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000029, no existe obligación alguna que recaiga sobre este proceso de responsabilidad fiscal, dado que, la misma, ya fue materializada a través de lo resuelto en el proceso de responsabilidad fiscal N°2018-0870. Lo que conlleva a inexistencia de obligación con relación a la póliza en mención.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato aseguratorio respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo

de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)¹⁸

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

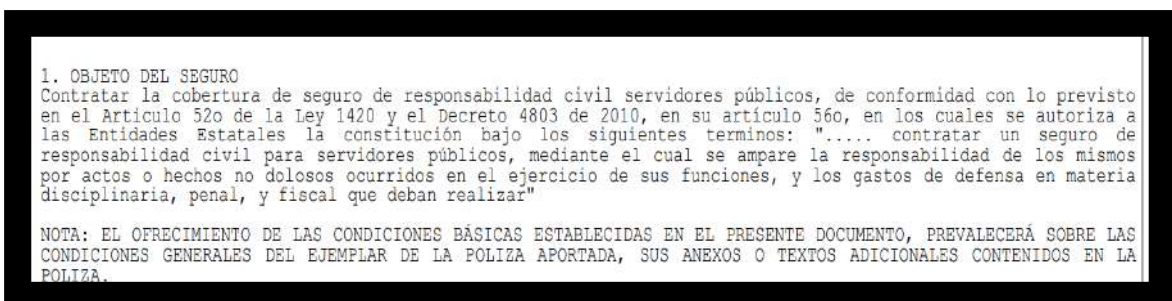
[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada**. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado**. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:



En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, sumado a que ya se agotó la suma disponible, dado que se afectó esta misma póliza dentro del proceso PRF 2018-0870, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

F. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"¹⁹ (...)"

Otra parte de la doctrina sostiene que *"el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en*

¹⁹ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.”²⁰ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza No. °600-87-994000000029, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y, por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de la póliza, esto es el 05 de agosto de 2016, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

G. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor PABLO EMILIO CEPEDA, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. Lo anterior encuentra sustento en las condiciones contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Exclusiones
(...)”

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

2.1 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS.

”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

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

De acuerdo a la información que se extrae del proceso fiscal, que los hechos que connotan una presunta responsabilidad fiscal relativos a la generación un probable daño patrimonial, atribuidos al dolo y la culpa grave, e incluso posible responsabilidad penal en caso que comporten delitos bajo ninguna circunstancia, las compañías de seguro no pueden amparar los actos dolosos, pues no existe discusión en cuanto a que no es posible amparar cualquier riesgo que provenga de la comisión de una conducta dolosa ni gravemente culposa, que así haya sido el Exalcalde PABLO EMILIO CEPEDA quien lo haya cometido, igualmente no goza de cobertura con el contrato de seguro. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «no producirá efecto alguno» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables²¹.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4659-2017 con Radicación No. 11001-31-03-023-1996-02422-01

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables, particularmente el señor PABLO EMILIO CEPEDA, quien es el único amparado por la póliza en comento, sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que tampoco se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000029, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. UCC-PRF-013-2019, por cuanto, es claro que el dolo, la culpa grave y los actos delictuales representan hechos no cubiertos ni amparados con la póliza.

H. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°600-87-994000000029.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el honorable despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial de PABLO EMILIO CEPEDA quien es el único vinculado amparado con la póliza de seguro 600-87-994000000029, fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarca dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

CONDICIONES GENERALES:

“2 – EXCLUSIONES

EN NINGÚN CASO ESTARÁN CUBIERTOS BAJO LA PRESENTE PÓLIZA:

2.1 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS.

2.2 DAÑOS O PÉRDIDAS OCASIONADAS POR INCURRIR EL FUNCIONARIO ASEGURADO EN FALTAS, ERRORES U OMISIONES QUE NO ESTEN DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO, BIEN SEA QUE LAS MISMAS CONSTITUYAN O NO FALTAS DISCIPLINARIAS, AL TENOR DE LO DISPUESTO POR LA LEY 734 DE 2002.

(...)

2.4 CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE SURJA O PROVENGA DE UN HECHO, CIRCUNSTANCIA O EVENTO CONOCIDO POR EL FUNCIONARIO ASEGURADO PREVIAMENTE A LA FECHA DE INICIACIÓN DE ESTA PÓLIZA, CUYO CONOCIMIENTO HUBIESE INDUCIDO A UNA PERSONA RAZONABLE A CONCLUIR QUE EL MISMO PODRÍA DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN, ASÍ COMO LA REAPERTURA DE INVESTIGACIONES O RECLAMACIONES QUE HUBIEREN SIDO ANTES DEL INICIO DE VIGENCIA DE LA PÓLIZA.

(...)

2.8 ACTUACIONES DE FUNCIONARIOS DESVINCULADOS DE LA ENTIDAD TOMADORA ANTES DE LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA PRIMERA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS CONTRATADA POR ESTA CON LA COMPAÑÍA PARTIR DE LA CUAL NO HUBIESE MEDIADO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.”

CONDICIONES PARTICULARES

*“11. Exclusión de daños o pérdidas no relacionadas con el desempeño de sus funciones. No se ampara los daños o pérdidas ocasionadas por incurrir el funcionario asegurado en faltas, errores u omisiones no directamente relacionadas con el desempeño de las funciones propias de su cargo, bien sea que las mismas constituyan o no faltas disciplinarias. **Adicionalmente se excluyen las reclamaciones generadas por o resultantes del incumplimiento de cualquier obligación de carácter contractual** adquirida por los funcionarios asegurados, distintas de las inherentes a las responsabilidades de administración, adquiridas en su carácter de servidor público”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por una conducta dolosa o criminal, o que se haya causado por acciones u omisiones al margen de las funciones de su cargo, no tendrán cobertura por estar expresamente excluidas en la póliza de seguro.

Adicionalmente, resulta relevante destacar que en el presente caso tampoco operaría la póliza por expresa exclusión de los hechos conocidos que sean constitutivos potencialmente de sanción fiscal, pues antes de la fecha de iniciación de la vigencia del seguro en comentario (05 de agosto de 2016), ya se había declarado con anterioridad el incumplimiento de las obligaciones al proyecto Torres del Parque, mediante la expedición de la Resolución No. 1074 del 29 de noviembre de 2013 por FONVIVIENDA. Consecuencialmente, tiempo después igualmente el Municipio de Tunja y ECOVIVIENDA, decidieron declarar la suspensión unilateral de la Unión Temporal Torres Del Parque, hasta

el 31 de agosto de 2016, aduciendo problemas técnicos y finalmente declarando su terminación mediante la Resolución No. 108 del 13 de septiembre de 2016.

Por lo anterior, resulta evidente que en efecto ya era abiertamente conocido, incluso mucho antes de entrar en vigor la póliza, la existencia de presuntos detrimentos patrimoniales que podrán tener origen en la gestión fiscal de los alcaldes del Municipio de Tunja, circunstancia expresamente excluida de cobertura en el numeral 2.4 de las exclusiones generales de la póliza.

Finalmente, de otra parte, se precisa que los presuntos detrimentos en el patrimonio del Estado se originaron por el aparente incumplimiento de las obligaciones de origen contractual del Municipio en cabeza de sus representantes legales, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con el negocio jurídico denominado Unión Temporal Torres del Parque, en el que el Municipio de Tunja fungió como contratante. De tal modo, que al advertir que en el literal J de las exclusiones plasmadas en las condiciones particulares de la póliza se excluyó la responsabilidad contractual, tampoco existe cobertura por la presunta responsabilidad del exalcalde Pablo Emilio Cepeda en el proceso fiscal UCC-PRF-013-2019.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

I. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad

con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”²² (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para el único amparo ofrecido en la póliza que, por la suma de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000) a continuación se relaciona:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	LIMITE POR EVENTO
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 700,000,000.00	
	ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS	700,000,000.00	
BENEFICIARIOS			
NIT 891800846 - MUNICIPIO DE TUNJA			

Documento: **Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000017.**

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el Contrato de Seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene un límite y valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

Frente a la póliza de manejo sector oficial N°600-64-994000002920:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de manejo sector oficial N°600-64-994000002920. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

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

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del***

incumplimiento de las obligaciones de un contrato. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”²³(Negrilla y subraya fuera del texto original).

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

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

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

de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”²⁴.

En otra oportunidad, se señaló:

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

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

*Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**”²⁵.*

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

de los mismos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de manejo sector oficial N°600-64-994000002920 fue hasta el 22 de febrero de 2017, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023 el auto de imputación, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 7 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, de manera que, en el caso en concreto, se advierte que la Póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-64-994000002920, fue afectada con motivo a la decisión proferida por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, efectuando un pago por la suma de \$5.240.00, tal y como se evidencia a continuación:

→ - Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial N° 600-64-994000002920, vigente entre el 22 de febrero de 2016 y el 22 de febrero de 2017, bajo el amparo "FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL", valor asegurado \$20.000.000.

Dichas pólizas se harán efectivas en los montos y las formas expuestas en la parte considerativa de la presente audiencia de decisión.

banco popular COMPROBANTE PARA RECAUDOS EMPRESARIALES No. 2531170

Nro. Cuenta / Obligación / Planilla Asistida: 110-050-00120-5

Cuenta Cte ☒ Cuenta Ahorro ☐

Nombre de Entidad o Convenio Recaudador: Direccion del tesoro Nacional.

Referencias NIT/C.C./Código de convenio/Nro. Factura/Otra:

Ref.	Nro. Cta. del Cheque	Valor \$
1	01 2000 296 056	1.034.265.500
2		
3		

Total Efectivo \$ 1.034.265.500

Cantidad (1) Total Cheques \$ 1.034.265.500

Total Consignación \$ 1.034.265.500

Por ende, y, en consecuencia, se está agotando la suma disponible asegurada, lo que hace evidente la imposibilidad de afectar nuevamente la póliza objeto de discusión por la suma total, ello, en atención a lo establecido en el artículo 1111 del código de comercio.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 600-64-994000002920 SOLO SE AMPARAN A MIGUEL ÁNGEL MOLINA Y VIVIANA ANDREA CAMARGO.

Sin que represente aceptación de responsabilidad debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 600-64-994000002920, como tomador, asegurado y beneficiario se constituyó a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – ECOVIVIENDA de manera exclusiva:

6002179320

PÓLIZA No: 600 -64 - 994000002920

ANEXO:0

AGENCIA EXPEDIDORA: TUNJA

MODALIDAD FACTURACIÓN: ANUAL

TIPO DE MOVIMIENTO: EXPEDICION

COO. ASE: 600

RAMO: 64

PAP:

DIA

MES

AÑO

22

03

2016

VIGENCIA DE LA PÓLIZA

DIA

MES

AÑO

22

02

2016

VIGENCIA DESDE

HORAS

23:59

A LAS

DIA

MES

AÑO

22

02

2017

VIGENCIA HASTA

HORAS

23:59

A LAS

DIA

MES

AÑO

04

03

2021

FECHA DE IMPRESION

366

DIAS

TIPO DE IMPRESION: REIMPRESION

DATOS DEL TOMADOR

NOMBRE: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA

DIRECCIÓN: CARRERA 10 N 21-33 3 PISO SAN FRANCISCO PLAZA

CIUDAD: TUNJA, BOYACA

IDENTIFICACIÓN: NIT: 820.003.259-9

TELÉFONO: 7426989

DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO

ASEGURADO: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA

DIRECCIÓN: CALLE 19 19 95 OF 203

CIUDAD:

IDENTIFICACIÓN: NIT: 820.003.259-9

TELÉFONO: 7426989

BENEFICIARIO: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA

IDENTIFICACIÓN: NIT: 820.003.259-9

Documento: Extracto carátula de la Póliza No. 600-64-994000002920.

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura el único cargo y funcionario que resulta amparado por la Póliza de Seguro No. 600-64-994000002920, respecto de los servidores de ECOVIVIENDA que fueron vinculados al UCC-PRF-013-2019 por el presunto detrimento de esa entidad, son únicamente los señores VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA, y para generar total claridad sobre el asunto, expresamente se señalaron los cargos de Gerente y Director Técnico en las condiciones de la póliza, que se señalan a continuación:

CARGOS ASEGURADOS

GERENTE DE LA EMPRESA DE ECOVIVIENDA

DIRECTOR DE ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO DE ECOVIVIENDA

DIRECTOR TÉCNICO DE ECOVIVIENDA

ASESOR JURÍDICO ECOVIVIENDA

Documento: Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-64-994000002920, página 1.

Por lo anterior, al tenerse acreditado con suma claridad que los únicos amparados con la póliza en comento son la Exgerente Viviana Andrea Camargo y el director técnico Miguel Ángel Molina, de ninguna manera podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – ECOVIVIENDA que se encuentre vinculado en el proceso fiscal.

D. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N°600-64-994000002920.

Es preciso indicar que, con relación a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-64-994000002920, no existe obligación alguna que recaiga sobre este proceso de

responsabilidad fiscal, dado que, la misma, ya fue materializada a través de lo resuelto en el proceso de responsabilidad fiscal N°2018-0870. Lo que conlleva a inexistencia de obligación con relación a la póliza en mención.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)²⁶

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado.** De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo

asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:

2. POLIZA SEGURO GLOBAL DE MANEJO.
OBJETO: amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes de propiedad bajo tenencia, control y/o responsabilidad de ECOVIVIENDA causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delito contra la administración pública o en alcances por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del empleado.

En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, sumado a que ya se agotó la suma disponible, dado que se afectó esta misma póliza dentro del proceso PRF 2018-0870, es claro que no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

E. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable

Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"²⁷ (...)"

Otra parte de la doctrina sostiene que *"el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina."*²⁸ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza N°600-64-994000002920, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y, por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de la póliza, esto es el 22 de junio de 2016, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

F. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°600-64-994000002920.

²⁷ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el honorable despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial de VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA quienes son los únicos vinculados amparados con la póliza de seguro fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarcan dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

“EXCLUSIONES.

LA PRESENTE PÓLIZA NO AMPARA LAS PÉRDIDAS QUE SUFRA LA ENTIDAD ASEGURADA COMO CONSECUENCIA DE:

- a). MERMAS O DAÑOS QUE SUFRAN LOS BIENES O VALORES POR CUALQUIER CAUSA NATURAL NO IMPUTABLE AL EMPLEADO.*
- b). MERMAS O DAÑOS QUE SUFRAN LOS BIENES O VALORES POR INCENDIO, EXPLOSIÓN, ERUPCIONES VOLCÁNICAS, TEMBLORES DE TIERRA O CUALQUIERA OTRA CONVULSIÓN DE LA NATURALEZA, GUERRA CIVIL E INTERNACIONAL, HUELGAS, MOVIMIENTOS SUBVERSIVOS, Y EN GENERAL, CONMOCIONES POPULARES DE CUALQUIER CLASE.*
- c). SANCIONES ADMINISTRATIVAS O DISCIPLINARIAS IMPUESTAS AL EMPLEADO.*
- d). MULTAS IMPUESTAS AL EMPLEADO.*
- e). CRÉDITOS CONCEDIDOS POR LA ENTIDAD ASEGURADA AL EMPLEADO, AÚN CUANDO SE HAYAN OTORGADO A BUENA CUENTA O ANTICIPO SOBRE COMISIONES, HONORARIOS, SUELDO O CUALQUIER OTRO CONCEPTO.*
- f). LUCRO CESANTE.*
- g). MERMAS, DIFERENCIAS DE INVENTARIOS, DESAPARICIONES O PÉRDIDAS NO IMPUTABLES AL EMPLEADO.”.* (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por algunas de las causales anteriormente señaladas, no tendrán cobertura por estar expresamente excluidas en la póliza de seguro.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

G. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”²⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para el único amparo ofrecido en la póliza que, por la suma de Veinte Millones de pesos Mcte (\$20.000.000) a continuación se relaciona:

AMPAROS	SUMA ASEGURADA	SUBLIMITE
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	20,000,000.00	
FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL		20,000,000.00
RENDICION DE CUENTAS		20,000,000.00
RECONSTRUCCION DE CUENTAS		20,000,000.00

Documento: *Extracto carátula de la Póliza No. 600-64-994000002920.*

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el contrato de seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene un límite y valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

H. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable despacho considere que la aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que en el contrato de seguro se pactó un deducible del 10% de la pérdida, mínimo un salario mínimo mensual legal vigente, de la siguiente manera:

“DEDUCIBLES

- Cajas Menores: Sin deducible
- Demás Amparos: 10% del valor de la pérdida Mínimo 1 SMMLV” (Negrilla y subrayado propio).

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el honorable juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

*“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.*

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”³⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del 10% de la pérdida, mínimo 1 SMMLV.

Frente a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000023:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000023. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable

³⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

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

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato.** Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”³¹(Negrilla y subraya fuera del texto original).*

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

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

“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”³².

En otra oportunidad, se señaló:

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

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que

³² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.

*Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**³³.*

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

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil servidores públicos No. 600-87-994000000023 fue hasta el 19 de marzo de 2017, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 6 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 600-87-994000000023 SOLO SE AMPARAN A MIGUEL ÁNGEL MOLINA Y VIVIANA ANDREA CAMARGO.

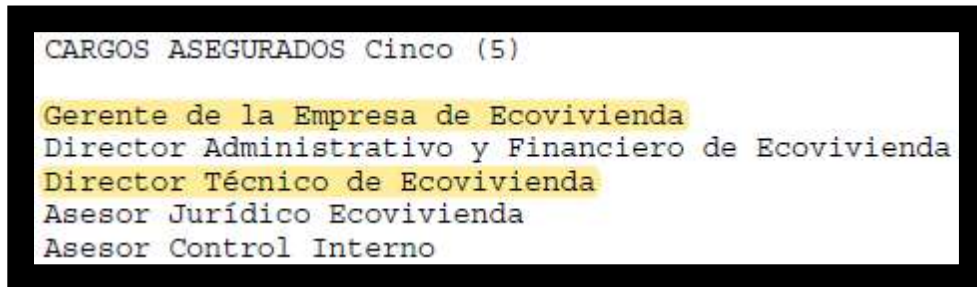
Sin que represente aceptación de responsabilidad debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 600-87-994000000023, como tomador, asegurado y beneficiario se constituyó a la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – ECOVIVIENDA de manera exclusiva:

6002180880		PÓLIZA No: 600 -87 - 994000000023		ANEXO:0															
AGENCIA EXPEDIDORA: TUNJA		COD. AGE: 600		RAMO: 87		PAP:													
DIA	MES	AÑO	DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO						
28	03	2016	18	03	2016	23:59	19	03	2017	23:59	366	01	03	2021					
FECHA DE EXPEDICIÓN			VIGENCIA DE LA PÓLIZA			VIGENCIA DESDE			VIGENCIA HASTA			FECHA DE IMPRESIÓN							
MODALIDAD FACTURACIÓN: ANUAL												TIPO DE IMPRESIÓN: REIMPRESIÓN							
TIPO DE MOVIMIENTO: EXPEDICIÓN		VIGENCIA DEL ANEXO		DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO	HORAS	DIA	MES	AÑO					
				18	03	2016	23:59	19	03	2017	23:59	366							
DATOS DEL TOMADOR																			
NOMBRE: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA										IDENTIFICACIÓN: NIT 820.003.259-9									
DIRECCIÓN: CARRERA 10 N 21-33 3 PISO SAN FRANCISCO PLAZA										CIUDAD: TUNJA, BOYACA					TELÉFONO: 7426989				
DATOS DEL ASEGURADO Y BENEFICIARIO																			
ASEGURADO: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA										IDENTIFICACIÓN: NIT 820.003.259-9									
DIRECCIÓN: CARRERA 10 N 21-33 3 PISO SAN FRANCISCO PLAZA										CIUDAD: TUNJA, BOYACA					TELÉFONO: 7426989				
BENEFICIARIO: EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA										IDENTIFICACIÓN: NIT 820.003.259-9									

Documento: Extracto carátula de la Póliza No. 600-87-994000000023.

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura los únicos cargos y funcionarios que resultan amparados por la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000023, respecto de los servidores de ECOVIVIENDA que fueron vinculados al UCC-PRF-013-2019 por el presunto detrimento de esa entidad, son únicamente los señores VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA, y para generar total claridad sobre el asunto, expresamente se

señalaron los cargos de Gerente y Director Técnico en las condiciones de la póliza, que se señalan a continuación:



Documento: Extracto condiciones carátula de la Póliza No. 600-87-994000000023, página 2.

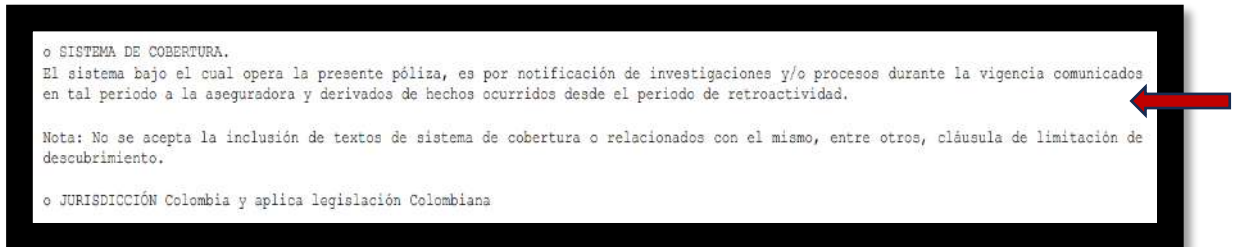
Aunado a lo anterior los señores VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA resultan como los únicos amparados, ya que por el factor temporal del seguro estos fueron los únicos funcionarios de ECOVIVIENDA que ejercieron el cargo, cuando la póliza se encontraba vigente. Lo que consiste en una condición de cobertura de la cláusula claims made, que establece que los hechos que se reclamen en la vigencia de la póliza deben suceder durante la vigencia de la póliza o desde la fecha de retroactividad que es la misma.

Por lo anterior, al tenerse acreditado con suma claridad que los únicos amparados con la póliza en comento son la exgerente Viviana Andrea Camargo y el Director Técnico Miguel Ángel Molina, de ninguna manera podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Empresa Constructora de Vivienda de Tunja – ECOVIVIENDA que se encuentre vinculado en el proceso fiscal.

D. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS N°. 600-87-994000000023.

Es esencial destacar que la póliza N°. 600-87-994000000023 se estableció bajo la modalidad "Claims Made", la cual imponía dos condiciones para proporcionar cobertura temporal respecto a los hechos objeto de investigación. Primero, se requería que dichos eventos ocurrieran durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad acordado. Segundo, la primera reclamación al asegurador o al asegurado debía efectuarse durante la vigencia de la póliza, no obstante, se evidencia que los hechos en cuestión tuvieron lugar el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera del periodo de cobertura

acordado. Además, la primera reclamación se realizó el 17 de febrero de 2021 con la expedición del auto de adición a la apertura que vinculó a mí representada en calidad de tercero civilmente responsable, lo que confirma la carencia de cobertura temporal en este caso.



Por lo anterior, es preciso señalar que, la modalidad de seguro Claims Made fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación del beneficiario del seguro:

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años:

Sobre la reseñada modalidad de seguro, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso.

Se concluye que para que opere la cobertura de un seguro que se pactó bajo la modalidad “claims made” o “de reclamación”, deben cumplirse, además de la

ocurrencia del riesgo asegurado, los siguientes requisitos: (i) que los eventos que dieron origen al proceso se encuentren dentro de la vigencia o del período de retroactividad de la póliza y (ii) que dichos eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Esta doble exigencia consagrada en la ley 389 de 1997 (sinistro y reclamación dentro del término específico) deberá agotarse en todos los casos para el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurador.

Resulta entonces, que al haberse pactado dentro de las condiciones de amparo, que la reclamación fuera presentada dentro del periodo de vigencia señalado en la carátula de la póliza, se concluye que no puede hacerse efectivo el seguro al determinarse que el juicio fiscal y la vinculación de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EC., como tercero civilmente responsable en razón de la Póliza 600-87-994000000023, se realizó después de fenecer la vigencia que fue desde el **18 de marzo de 2016 hasta el 19 de marzo de 2017**.

Así entonces, al observar la fecha de la vigencia de la póliza incluida en el PRF UCC-PRF-013-2019, se confirma que no puede afectarse el contrato seguro documentado en la Póliza 600-87-994000000023 por cuanto la fecha en que ésta efectivamente se incorporó en el proceso en cuestión data del 17 de febrero de 2021 mediante el Auto No. 268, es decir, casi cuatro años después de la finalización de la vigencia de la póliza.

De esta manera, de acuerdo con los argumentos esbozados que atacan la responsabilidad de los funcionarios VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA, tampoco es jurídicamente viable declarar responsabilidad fiscal en contra de los citados ex funcionarios, ni de ninguno de los presuntos responsables vinculados por su gestión en ECOVIVIENDA, en principio por ausencia de responsabilidad fiscal, y en segundo lugar por cuanto emerge con absoluta claridad que la fecha en que se presentó el siniestro de acuerdo a la modalidad de cobertura (reclamación dentro del periodo de vigencia), ocurre fuera del momento definido en las condiciones del seguro, ya que la reclamación que configura el siniestro ocurrió sólo hasta el **17 de febrero de 2021**, es decir, no se presentó dentro de la vigencia de la póliza que comprendió entre el **18 de marzo de 2016 y el 19 de marzo de 2017**, fecha límite que tuvo el ente fiscal para constituir el siniestro. De manera tal, que al no ocurrir la notificación dentro de las fechas indicadas no existe cobertura temporal de la presunta responsabilidad de los funcionarios de ECOVIVIENDA y no surge obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ASEGURADORA SOLIDARIA DE

COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente PRF No. UCC-PRF-013-2019.

E. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N°600-87-994000000023.

Es preciso indicar que, con relación a la póliza de responsabilidad civil servidores públicos N°600-87-994000000023, no existe obligación alguna que recaiga sobre este proceso de responsabilidad fiscal, dado que, no se ha materializado el riesgo por el que fue contratada, máxime cuando los hechos objeto de la acción fiscal datan del 29 de noviembre de 2013, es decir, que son ciertos e inasegurables a la luz del art. 1054 del código de comercio.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos

cubiertos con el respectivo contrato aseguratorio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)³⁴

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado.** De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:

1. OBJETO DEL SEGURO
Contratar la cobertura de seguro de responsabilidad civil servidores públicos, de conformidad con lo previsto en el Artículo 52o de la Ley 1420 y el Decreto 4803 de 2010, en su artículo 56o, en los cuales se autoriza a las Entidades Estatales la constitución bajo los siguientes terminos: "..... contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en el ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal, y fiscal que deban realizar"

NOTA: EL OFRECIMIENTO DE LAS CONDICIONES BÁSICAS ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO, PREVALECE SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DEL EJEMPLAR DE LA POLIZA APORTADA, SUS ANEXOS O TEXTOS ADICIONALES CONTENIDOS EN LA POLIZA.

En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

F. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i)

Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"³⁵ (...)"

Otra parte de la doctrina sostiene que *"el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina."*³⁶ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza No. 600-87-994000000023, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y, por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de la póliza, esto es el 28 de marzo de 2016, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de

³⁵ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

G. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la señora VIVIANA ANDREA CAMARGO y el señor MIGUEL ÁNGEL MOLINA, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

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

De acuerdo a la información que se extrae del proceso fiscal, que los hechos que connotan una presunta responsabilidad fiscal relativos a la generación un probable daño fiscal atribuidos a dolo y culpa grave, e incluso posible responsabilidad penal en caso que comporten delitos bajo ninguna circunstancia, las Compañías de seguro pueden amparar los actos dolosos, pues no existe discusión en cuanto a que no es posible amparar cualquier riesgo que provenga de la comisión de una conducta dolosa ni gravemente culposa, que así hayan sido los funcionarios VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA quienes lo hayan cometido, igualmente no goza de cobertura con el contrato de seguro. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

A su turno, el mismo estatuto define el riesgo asegurable como «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario,...» (Artículo 1054); se excluye como asegurables «el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario», con la secuela consistente en que cualquier pacto en contrario «no producirá efecto alguno» (Artículo 1055), valga decirlo, se consagró la ineficacia de cualquier estipulación tendiente a incluir conductas intencionales, gravemente culposas o con base en la mera potestad de los citados sujetos, como asegurables³⁷.

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables, particularmente de VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA quienes son los únicos amparados, sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrán ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 600-87-994000000023, por cuanto dichos riesgos no son asegurables.

En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. UCC-PRF-013-2019, por cuanto, es claro que el dolo, la culpa grave y los actos delictuales representan hechos no cubiertos ni amparados con la póliza.

H. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°600-87-994000000023.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial de VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA quienes son los únicos vinculados amparados con la póliza de seguro fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarcan dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

CONDICIONES GENERALES:

“2 – EXCLUSIONES

EN NINGÚN CASO ESTARÁN CUBIERTOS BAJO LA PRESENTE PÓLIZA:

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4659-2017 con Radicación No. 11001-31-03-023-1996-02422-01

2.1 PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS.

2.2 DAÑOS O PÉRDIDAS OCASIONADAS POR INCURRIR EL FUNCIONARIO ASEGURADO EN FALTAS, ERRORES U OMISIONES QUE NO ESTEN DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO, BIEN SEA QUE LAS MISMAS CONSTITUYAN O NO FALTAS DISCIPLINARIAS, AL TENOR DE LO DISPUESTO POR LA LEY 734 DE 2002.

2.3 VENTAJAS, BENEFICIOS O RETRIBUCIONES OTORGADAS A FAVOR DE LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS Y A CARGO DE LA ENTIDAD TOMADORA EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN LEYES, EN DECRETOS O EN LOS ESTATUTOS O NORMAS INTERNAS DE LA ENTIDAD.

2.4 CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE SURJA O PROVENGA DE UN HECHO, CIRCUNSTANCIA O EVENTO CONOCIDO POR EL FUNCIONARIO ASEGURADO PREVIAMENTE A LA FECHA DE INICIACIÓN DE ESTA PÓLIZA, CUYO CONOCIMIENTO HUBIESE INDUCIDO A UNA PERSONA RAZONABLE A CONCLUIR QUE EL MISMO PODRÍA DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN, ASÍ COMO LA REAPERTURA DE INVESTIGACIONES O RECLAMACIONES QUE HUBIEREN SIDO ANTES DEL INICIO DE VIGENCIA DE LA PÓLIZA.

2.5 DAÑOS, PÉRDIDAS O FALTANTES CAUSADOS POR DEPRECIACIÓN O PÉRDIDA DE INVERSIONES, RESULTADO DE FLUCTUACIONES EN LOS MERCADOS FINANCIEROS, OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS Y RECUPERACIÓN DE CARTERA, ASÍ COMO PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS CON TERCEROS.

2.6 MULTAS O SANCIONES PENALES O ADMINISTRATIVAS IMPUESTAS A LA ENTIDAD TOMADORA O A LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS, ASÍ COMO LAS OBLIGACIONES ECONÓMICAS, CONTRIBUCIONES ECONÓMICAS, CONTRIBUCIONES POLÍTICAS SEAN NACIONALES O EXTRANJERAS, DONACIONES FAVORES O BENEFICIOS A CUALQUIER PERSONA NATURAL O JURÍDICA.

2.7 SERVICIOS PROFESIONALES REALIZADOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS EN BENEFICIO DE OTRA ENTIDAD O PERSONA DIFERENTE DE LA ENTIDAD TOMADORA, O POR FUERA DE LAS FUNCIONES QUE LES CORRESPONDEN.

2.8 ACTUACIONES DE FUNCIONARIOS DESVINCULADOS DE LA ENTIDAD TOMADORA ANTES DE LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA PRIMERA

**PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS
CONTRATADA POR ESTA CON LA COMPAÑÍA PARTIR DE LA CUAL NO
HUBIESE MEDIADO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.**

2.9 GASTOS DE DEFENSA Y EN GENERAL CUALESQUIERA OTRAS EROGACIONES A QUE HUBIERE LUGAR POR RAZÓN DE INVESTIGACIONES O PROCESOS EN GENERAL ADELANTADOS POR ÓRGANOS DE CONTROL INTERNO DE LA ENTIDAD PROMOTORA.

2.10 GASTOS Y COSTOS JUDICIALES CUANDO EL DEMANDADO SEA LA ENTIDAD TOMADORA DE LA PÓLIZA, TAMPOCO SE CUBREN LAS INDEMNIZACIONES POR CONDENAS EN CONTRA DE LA ENTIDAD TOMADORA, SIN QUE PREVIAMENTE SE HUBIESE DECLARADO LA RESPONSABILIDAD DE ALGÚN FUNCIONARIO ASEGURADO.”

CONDICIONES PARTICULARES

“EXCLUSIONES En adición a las exclusiones de las condiciones generales de la póliza se excluyen además las siguientes:

" Cualquier reclamación derivada de las actividades medicas u hospitalarias

" Reclamaciones o litigios pendientes a la fecha de inicio de vigencia.

" Seguros y **circunstancias anteriores.**

" Difamación, Calumnia, injuria.

" Mala fe o Dolo.

" Circunstancias, demandas que estén o debieran estar cubiertos bajo otra póliza como: Responsabilidad Civil Profesional E&O, RC Contractual y Extracontractual, Manejo, IRF, Comercial Crime, Sustracción, y demás relacionadas.

" Circunstancias conocidas o que razonablemente se hayan tenido que conocer, o ser reportadas antes del inicio de esta vigencia. Haya o no hayan sido informadas previamente.

" Se excluyen las demandas del Estado en calidad de accionista.

" Gastos y costos judiciales cuando el demandado sea Empresa Constructora de Vivienda de Tunja y las indemnizaciones por condenas en contra de Empresa Constructora de Vivienda de Tunja sin que previamente se declare la responsabilidad de algún funcionario Asegurado.

" Exclusión de Pagos y Gratificaciones.

" Exclusión de Riesgos Nucleares.

" Exclusión de Daños Materiales / Lesiones Personales.

" Exclusión de Perdidas provenientes directa o indirectamente del lavado de dinero.

" Se excluye reclamaciones resultantes de la falla en la evaluación, mantenimiento o la contratación de seguros.

" Exclusión de fallas en el suministro.

" Exclusión de Convenios Colectivos y Uniones o Sindicatos Laborales.

" Exclusión de bancarrota e Insolvencia.

" Oferta Futura de cualquier tipo." (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por una conducta dolosa o gravemente culposa, o que se haya causado por acciones u omisiones al margen de las funciones de su cargo, no tendrán cobertura por estar expresamente excluidas en la póliza de seguro.

Adicionalmente, resulta relevante destacar que en el presente caso tampoco operaría la póliza por expresa exclusión de los hechos conocidos que sean constitutivos potencialmente de sanción fiscal, pues antes de la fecha de iniciación de la vigencia del seguro en comento (05 de agosto de 2016), ya se había declarado con anterioridad el incumplimiento de las obligaciones al proyecto Torres del Parque, mediante la expedición de la Resolución No. 1074 del 29 de noviembre de 2013 por FONVIVIENDA. Consecuencialmente, tiempo después igualmente el Municipio de Tunja y ECOVIVIENDA, decidieron declarar la suspensión unilateral de la UNIÓN TEMPORAL TORRES DEL PARQUE, hasta el 31 de agosto de 2016, aduciendo problemas técnicos y finalmente declarando su terminación mediante la Resolución No. 108 del 13 de septiembre de 2016.

Por lo anterior, resulta evidente que en efecto ya era abiertamente conocido, incluso mucho antes de entrar en vigor la póliza la existencia de presuntos detrimentos patrimoniales que podrán tener origen la gestión fiscal de los funcionarios de ECOVIVIENDA, circunstancia expresamente excluida de cobertura en el numeral 2.4 de las exclusiones generales y las particulares de la póliza.

Finalmente, de otra parte, se precisa que no procede la afectación del seguro sin haberse hallado a los presuntos responsables asegurados con esta póliza (VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA), ya que tal aspecto está totalmente excluido de cobertura. En consecuencia, como quedó probado en el proceso fiscal a los señores VIVIANA ANDREA CAMARGO y MIGUEL ÁNGEL MOLINA no les asiste ninguna clase de responsabilidad, por sustracción de materia la póliza no podrá verse afectada en el proceso fiscal UCC-PRF-013-2019.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

I. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”³⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

ser la siguiente, para el único amparo ofrecido en la póliza que, por la suma de Cien Millones de pesos Mcte (\$100.000.000) a continuación se relaciona:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 100,000,000.00
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		100,000,000.00
BENEFICIARIOS		
NIT 820003259 - EMPRESA CONSTRUCTORA DE VIVIENDA DE TUNJA-ECOVIVIENDA		

Documento: Extracto carátula de la Póliza No. 600-87-994000000023

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el Contrato de Seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene un límite y valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

Frente a la póliza de seguro de manejo N°21715582/0:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de Frente a la póliza de seguro de manejo N°21715582/0. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

Vale la pena mencionar, que el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de

obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, **también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño.** Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que **se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato.** Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, **la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico.** En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”³⁹(Negrilla y subraya fuera del texto original).*

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

“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”⁴⁰.

En otra oportunidad, se señaló:

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

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

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**⁴¹.

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

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de seguro de Frente a la póliza de seguro de manejo N°21715582/0 fue hasta el 05 de abril de 2016, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 7 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes dicho valor se disminuirá en esos importes, de manera que, en el caso en concreto, se advierte que la Póliza de Manejo N°21715582/0, fue afectada con motivo a la decisión proferida por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, efectuando un pago por la suma de \$118.800.000 el 08 de mayo de 2023, y otro por valor de \$300.000 el 22 de noviembre de 2017, tal y como se evidencia a continuación:

DECIMO CUARTO: DECLARAR como **TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLE** a los coaseguradores **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, identificada con NIT 860.026.182-5 (60%) y a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, identificada con NIT 860.524.654-6 (40%), por un valor individual asegurado de \$600.000.000, respecto de las siguientes pólizas:

	Póliza No.	21715582
	Vigencia	01-03-2015 al 06-08-2016
	Tomador, asegurado y beneficiario	Municipio de Tunja
	Amparos	ALCANCES FISCALES – JUICIOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL

Dichas pólizas se harán efectivas en los montos y las formas expuestas en la parte considerativa de la presente audiencia de decisión.

banco popular

COMPROBANTE PARA RECAUDOS EMPRESARIALES No. 2531170

ESTE RECIBO NO ES VÁLIDO EN LA IMPRESIÓN DE LA MÁQUINA REGISTRADORA. EN SU LUGAR DEBE SER ELABORADO EN EL CENTRO DE EMISIÓN DE RECIBOS Y SELLO DEL CAJERO

BANCO

Nro. Cuenta / Obligación / Planilla Asistida

110-050-00120-5

Cuenta Cte ☒ Cuenta Ahorro ☐

Nombre de Entidad o Convenio Recaudador

Dirección del tesoro Nacional.

Referencias Nit/C.C./Código de convenio/Nro. Factura/Otra

Ref. 1	R.F. # 2018-00870
Ref. 2	convenio 6078
Ref. 3	calle 100 # 9A 45
Ref. 4	

Cod. Bco.	Nro. Cta. del Cheque	Valor \$
1	01 2000 296 056	1.034.265,50
2		
3		

Año	Mes	Espacio para sello o Timbre
2023	6	*****205 Consignante: 8605246543 6079

Nombre usuario del convenio Aseguradora Soliduria

Nro. Ident: 060524654-2 Teléfono: 646 43 30

Diligenciar sólo para pagos de PILA-asistida

Nit/C.C del aportante

Total Efectivo \$
 Total Cheques \$
 Total Consignación \$

Cantidad (1)

Fecha de Aviso	Ejercicio	Nro Siniestro	Rva. Inicial	Monto Pagado	Reserva	Total Siniestro
22/11/2017	2017	3184	300.000,00	300.000,00	0	0
29/10/2018	2018	3197	109.376,00	0	109.376,00	109.376,00
29/10/2018	2018	3198	551.413,70	0	551.413,70	551.413,70
07/12/2018	2018	3200	143.678,00	0	143.678,00	143.678,00
27/05/2019	2019	3241	3.331.908,00	0	28.647,34	28.647,34
13/11/2020	2020	3273	3.000.000,00	0	3.000.000,00	3.000.000,00
31/01/2022	2022	3364	994.000,00	0	994.000,00	994.000,00
21/11/2022	2022	3396	5.500.000,00	0	5.500.000,00	5.500.000,00
15/03/2023	2023	3404	72.000.000,00	0	72.000.000,00	72.000.000,00
25/04/2023	2023	3407	1.000.000,00	0	0	0
08/05/2023	2023	3409	120.000.000,00	118.800.000,00	0	0
09/06/2023	2023	3419	17.034.002,00	0	17.034.002,00	17.034.002,00

Por ende, y, en consecuencia, se está agotando la suma disponible asegurada, lo que hace evidente la imposibilidad de afectar nuevamente la póliza objeto de discusión por la suma total, ello, en atención a lo establecido en el artículo 1111 del código de comercio.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 021715582/0 SOLO SE AMPARAN LOS FUNCIONARIOS DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUNJA.

Sin que represente aceptación de responsabilidad frente a la responsabilidad fiscal que se pretende endilgar por parte de la Contraloría, debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Manejo No. 021715582/0 expedida por Allianz Seguros S.A., el día 01 de enero de 2016. En la cual se registró como tomador, asegurado y beneficiario al Municipio de Tunja de manera exclusiva:

Capítulo I

Datos Identificativos

Datos Generales

Tomador del Seguro:

MUNICIPIO DE TUNJA NIT: 8918008461
CL 19 CR 995..
TUNJA
Teléfono: 7405770

Asegurado:

MUNICIPIO DE TUNJA NIT: 8918008461
CL 19 CR 995..
TUNJA
Teléfono: 7405770

Documento: Extracto de la Póliza No. 021715582/0 expedida por Allianz Seguros S.A.

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura el único cargo y funcionarios que resultan amparados con la Póliza de Seguro No. 021715582/0, respecto de los servidores que fueron vinculados al UCC-PRF-013-2019 por parte del Municipio de Tunja, son únicamente los Exalcaldes FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA y PABLO EMILIO CEPEDA. Por lo que, a efectos de generar total claridad sobre el asunto, expresamente se señaló el cargo de alcalde en las condiciones de la póliza, que se señalan a continuación:

Cargos Amparados
Cargos Clase A: Alcalde, Tesorero, Secretario de Hacienda, Secretario de Contratación, Secretaria Administrativa Caja Menor, Almacenista General así como Todos los servidores públicos, funcionarios o contratistas al servicio de LA ALCALDIA. Todos los demás cargos Clase B

Documento: Documento: Extracto de la Póliza No. 021715582/0 expedida por Allianz Seguros S.A., página 6.

Por lo anterior, en virtud a que en el proceso de responsabilidad fiscal no se incluyeron cargos diferentes al de Alcalde, solo serán aquellos los que se amparan por el factor temporal de la cobertura por el ejercicio del cargo atado a la cobertura del seguro que va desde el 01 de marzo de 2015 al 05 de abril de 2016, que cobijó una parte del periodo electivo de los señores Fernando Flórez Espinosa y Pablo Emilio Cepeda, quienes fungieron como alcaldes en vigencia de la póliza de seguro, pero no podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Alcaldía Municipal de Tunja ni de cualquier otra entidad que se encuentren incluidos en el proceso fiscal.

Póliza y duración: Póliza nº: 021715582 / 0
Duración: Desde las 00:00 horas del 01/03/2015 hasta las 24:00 horas del 05/04/2016.

Documento: Extracto de la Póliza No. 021715582/0 expedida por Allianz Seguros S.A.

Adicionalmente, tampoco fue vinculado al proceso fiscal un cargo tipo B, de manera que no podrá ser incluido ningún otro adicional a los alcaldes FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA y PABLO EMILIO CEPEDA, siendo los cargos tipo B definidos en las condiciones del seguro así:

“4. CLASIFICACIÓN DE CARGOS.

Para la emisión o cualquier renovación de la presente póliza, el tomador deberá suministrar a la compañía una relación de cargos de acuerdo con la siguiente clasificación:

Cargos Clase. A.: Son aquellos que, como parte de sus funciones regulares, tienen el carácter de ordenadores de gastos o empleados de manejo y en tal sentido administran, manejan o tienen bajo custodia dineros, valores, títulos valores o bienes de propiedad del asegurado.

Cargos Clase. B.: Son aquellos cuyo desempeño no implica el manejo fiscal de bienes y dineros públicos, aunque si el uso de los mismos, debiendo responder por su conservación y preservación.

PARÁGRAFO: Para los efectos de la presente póliza, la palabra. Servidor Público. Significa persona natural que presta sus servicios al asegurado, vinculado a éste mediante contrato de trabajo o mediante nombramiento por Decreto o Resolución.

La presente póliza cubre automáticamente todos los cambios en la denominación de los cargos y nominación de los servidores públicos durante la vigencia de la póliza, bien sea que quienes los desempeñen actúen en propiedad o como encargados.”

Todos los demás cargos igualmente fueron contemplados en el clausulado para los trabajadores o personal contratado por cualquier vínculo para prestar sus funciones estrictamente a la entidad asegurada (Municipio de Tunja) en sus instalaciones, vinculados ya sea por contrato de trabajo, orden de trabajo decreto o resolución, como se definió en la página 8 de las condiciones del seguro de la siguiente manera:

“La Compañía acepta bajo la presente cláusula, que el término "trabajador empleado" donde quiera que se utilice en la póliza significará:

La persona natural que, dentro del desempeño del cargo asegurado, presta su servicio al LA ALCALDIA, vinculada a éste mediante contrato de trabajo, orden de trabajo o mediante nombramiento por decreto o resolución.

- Los asesores y consultores que desarrollan funciones en LA ALCALDIA,*
- Uno o más oficinistas o empleados del asegurado.*
- Estudiantes invitados mientras estén prosiguiendo estudios o deberes en los predios del asegurado.*
- Contratistas bajo la Prestación de Servicios Profesionales.*
- Empleados de seguridad y contratistas y sus empleados, mientras dichos contratistas estén desarrollando servicios temporales para el asegurado.*
- Personas suministradas por compañías especializadas para desarrollar trabajos propios del asegurado y bajo supervisión en cualquiera de las oficinas o predios del asegurado.*
- Directores cuando sean empleados asalariados, pensionados o cuando estén desarrollando labores propias de un empleado o cuando esté actuando como miembro de cualquier comité debidamente elegido o nombrado por resolución*

de la junta directiva del asegurado para desempeñar específicamente, distinguiéndolo de lo general, actos de dirección en nombre del asegurado.

- *Cualquier persona o compañía empleada por el asegurado para prestar servicios de procesamiento de datos, de cheques u otros récords de contabilidad del asegurado.*
- *Abogados contratados por el asegurado para la prestación de servicios para el mismo y los empleados de dichos abogados, mientras estén prestando servicios para el asegurado.*
- *Todas las anteriores se consideran empleados mientras estén prestando dichos servicios e incluye los primeros treinta (30) días siguientes a la dejación del cargo o a la terminación de sus servicios, según sea el caso y se otorga siempre y cuando el término indicado se encuentre dentro de la vigencia de la póliza, sin exceder la fecha de finalización de vigencia.”.*

Asimismo, se otorgó cobertura para los funcionarios o trabajadores ocasionales y transitorios que presten sus servicios para el asegurado en sus dependencias, dirigido exclusivamente a amparar al Municipio de Tunja por la función de sus servidores que presten su servicio directamente, razón por la cual se definió de esa manera en las condiciones de esta.

En virtud de lo anterior, como quiera que no fueron vinculados funcionarios adicionales al alcalde perteneciente a la entidad asegurada, el presente contrato de seguro solo amparó la gestión de los funcionarios Fernando Flórez Espinosa y Pablo Emilio Cepeda.

D. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N° No. 021715582/0.

En virtud del alcance y cobertura del amparo, tal como se expuso en los argumentos que enervan la responsabilidad fiscal de los exalcaldes asegurados **FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA y PABLO EMILIO CEPEDA** no incurrieron en ninguna actuación de la cual se desprenda responsabilidad fiscal, ni mucho menos las conductas señaladas en el objeto de amparo de la póliza en comento, es decir, apropiación indebida de dineros u otros bienes producto de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa. Requisitos sine qua non para la realización del riesgo asegurado. Dicho de otra manera, como quiera que a los presuntos responsables no se les está enjuiciando en el proceso fiscal como presuntos responsables de las conductas de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, así se llegue identificar en el juicio fiscal su responsabilidad a título de culpa grave, de todas maneras, la póliza no se puede afectar porque no hubo la comisión de los delitos objeto de amparo.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁴²

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado.** De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:

“1. AMPARO

*La Compañía en consideración a las declaraciones que el Tomador ha hecho en la solicitud, las cuales se incorporan a este contrato para todos los efectos, **ampara al asegurado, con sujeción a las condiciones de esta póliza, contra apropiación indebida de dinero u otros bienes de su propiedad que aconteciere como consecuencia de hurto calificado, hurto, abuso de confianza, falsedad y estafa, de acuerdo con su definición legal, en que incurran sus empleados, siempre y cuando el hecho sea cometido durante la vigencia de la presente póliza.***

PARÁGRAFO:

a) Las pérdidas provenientes de un número plural de eventos ocurridos durante la vigencia del contrato de los cuales haya sido autor principal o en las que se halle implicado un mismo trabajador, se consideraran para los efectos de la póliza como un mismo siniestro.

b) Por otra parte, el conjunto de pérdidas ocurridas durante la vigencia del contrato, y provenientes de un mismo evento, se consideraran para los efectos de la póliza como un solo siniestro. Habrá unidad de eventos cuando exista identidad de designio criminal, de medio y de resultado. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada, además, las conductas objeto de reproche no se han tipificado a través de los delitos señalados en el amparo.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

E. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el «*suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*» y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de

hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"⁴³ (...)"

Otra parte de la doctrina sostiene que *"el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina."*⁴⁴ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza N°21715582, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y, por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en

⁴³ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

vigor de la póliza, esto es el 01 de marzo de 2015, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

F. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N° 21715582.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial de los señores FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA y PABLO EMILIO CEPEDA quienes son los únicos vinculados amparados con la póliza 021715582 fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarca dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

“2 – RIESGOS NO CUBIERTOS

Esta póliza no cubre pérdidas provenientes de cualquiera de los siguientes hechos:

- 1. Daños que sufran los bienes, por cualquier causa.*
- 2. Mermas, diferencias, desapariciones, faltantes u otras pérdidas de inventario que no puedan ser imputables a un empleado determinando.*
- 3. Créditos concedidos por el asegurado a cualquiera de los empleados amparados por la presente póliza, aunque se hayan otorgado a título de buena cuenta o anticipos sobre comisiones, honorarios, sueldos o por cualquier otro concepto.*
- 4. La apropiación de bienes de ilícito comercio*
- 5. El lucro cesante.*
- 6. Cualquier delito de los enumerados en la condición primera de esta póliza en que incurra un empleado al amparo de la situación creada por incendio, explosión, erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera. Otras convulsiones de la naturaleza, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra perturbación atmosférica guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos, o en general conmociones populares de cualquier clase.*
- 7. El abuso de confianza cuando no implique apropiación sino uso indebido con perjuicio del asegurado.*

8. *Perdidas que sufra el asegurado en su oficina principal, sucursales y agencias donde se manejen recursos financieros y patrimoniales cuando se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado visita formal de auditoria al menos 2 veces al año (semestrales), dejando constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
9. *Pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado arqueo trimestral a los jefes de cartera, directores comerciales, ejecutivos de cuenta, vendedores o quien tenga a cargo el manejo de dineros o títulos valores de su propiedad, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello, así como las pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado inventario trimestral a los bodegueros, almacenistas o quien tenga a cargo activos de su propiedad, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
10. *Pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado arqueos diarios para cobradores, cajeros, mensajeros, pagadores ambulantes, cobradores y/o para aquellas personas que realicen estas actividades, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
11. *Pérdidas sufridas por el asegurado que se originen en actos u omisiones imputables, como autores o partícipes, a empleados que no hayan tomado vacaciones ininterrumpidas de por lo menos cinco (5) días dentro del año siguiente a aquel en el que se causen.*
12. *Pérdidas causadas por empleados de empresas de empleo temporal y/o firmas especializadas.*
13. *Esta póliza no operará como capa primaria o como exceso de las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros contratadas por el asegurado.”*

(...)

“2. EXCLUSIONES.

Esta póliza no cubre las pérdidas provenientes de cualquiera de los siguientes conceptos:

- A. Mermas o daños que sufran los bienes por causa natural, salvo si se probare negligencia de algunos de los servidores públicos.*
- B. Mermas, diferencias de inventarios y desapariciones o pérdidas que no puedan ser imputables a un servidor público determinado.*

C. Créditos concedidos por la entidad estatal asegurada a cualquiera de los servidores públicos amparados por la presente póliza, aunque se hayan otorgado a título de buena cuenta o anticipos sobre comisiones, honorarios, sueldos o por cualquier otro concepto.

D. Todas aquellas sanciones administrativas o disciplinarias impuestas al servidor público, por causa diferente a la violación de las normas legales, fiscales y reglamentarias que impliquen menoscabo de los fondos y bienes.

Se encuentran excluidas las pérdidas acaecidas como consecuencia de la no realización por parte del asegurado de una o varias de las siguientes actividades:

E. Visita formal de auditoría a todos los centros de costo que manejan recursos financieros y patrimoniales de la empresa por lo menos una vez al año. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.

F. Inventario trimestral a los jefes de cartera, directores comerciales, ejecutivos de cuentas, bodegueros, almacenistas o quien tenga a su cargo los activos de la compañía. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.

G. Arqueos diarios a los cobradores, cajeros, mensajeros, y pagadores ambulantes. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.

H. Contrato de seguro:

La Compañía no otorgará cobertura ni será responsable de pagar ningún siniestro u otorgar ningún beneficio en la medida en que (i) el otorgamiento de la cobertura, (ii) el pago de la reclamación o (iii) el otorgamiento de tal beneficio expongan a la Compañía a cualquier sanción, prohibición o restricción contemplada en las resoluciones, leyes, directivas, reglamentos, decisiones o cualquier norma de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América o cualquier otra ley nacional o regulación aplicable.”⁴⁵

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por algunas de las conductas no cubiertas o expresamente excluidas de cobertura igualmente conllevarán a determinar la improcedencia de la afectación del seguro.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

⁴⁵ CONDICIONES GENERALES PÁGINA 20.

G. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”⁴⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de la porción de riesgo asumido que a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., le corresponde el 40%, de la suma límite establecido en las condiciones de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000) a continuación se relaciona:

Coberturas y Límites		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
AMPARO BÁSICO	600.000.000,00	8.955.224,00

Documento: *Extracto de la Póliza No. 021715582/0 expedida por Allianz Seguros S.A.*

Precisando lo anterior, igualmente se pactó en la página 16 de las condiciones de amparo, estableciendo el límite de responsabilidad la suma indicada en la carátula de la póliza en los siguientes términos:

“3. LIMITE DE INDEMNIZACION

La suma indicada en la carátula de esta póliza o por anexo como «Límite por vigencia» es el límite máximo de responsabilidad de La Compañía por todas las pérdidas causadas por los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro. En ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de La Compañía puede exceder este límite durante la vigencia, aunque durante el mismo período ocurran uno o más siniestros.

La suma indicada en la carátula de esta póliza o por anexo como «límite por evento» es el límite máximo de responsabilidad de La Compañía por todas las pérdidas causados por el mismo siniestro.

Cuando en la carátula de esta póliza o por anexo se indica un sublímite para un determinado amparo por vigencia, tal sublímite es el límite máximo de la indemnización por todas las pérdidas causadas por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro que afectan dicho amparo.”

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el Contrato de Seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente

anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos porcentajes de participación, un límite y un valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

H. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA No. 021715582/0.

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que en el contrato de seguro se pactó un deducible del 1% de la pérdida sin mínimo, de la siguiente manera:

“DEDUCIBLES MAXIMOS PERMITIDOS

No aplicación de deducible para cajas menores, según lo establecido en las condiciones de Cláusulas Básicas. Empleados no Identificados: 1% sobre valor de la pérdida, sin mínimo

OTROS EVENTOS: se otorga 1 % sobre valor de la pérdida, sin mínimo”

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

*“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.*

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás

condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁴⁷. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del 1% de la pérdida sin mínimos.

I. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y ALLIANZ SEGUROS S.A. FRENTE A LA PÓLIZA No. 021715582/0.

Es importante mencionar, sin que tal manifestación pueda llegar a ser tenida en cuenta como aceptación alguna de responsabilidad por parte de mí representada o que pueda ser valorada en detrimento de los argumentos expuestos anteriormente, que conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mi representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y ALLIANZ SEGUROS S.A., de la siguiente manera:

“CLÁUSULA DE COASEGURO CEDIDO

Mediante la presente cláusula adicional que forma parte integrante de la póliza arriba citada, se deja expresa constancia de que, el presente amparo lo otorga ALLIANZ SEGUROS S.A. y lo suscriben también, las compañías que aparecen relacionadas a continuación, pero las obligaciones de las compañías para con el asegurado no son solidarias; el riesgo y la prima correspondiente, se distribuyen entre las citadas compañías:

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Lider	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	5.917.808,40
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	3.945.205,60

La administración y atención de la póliza corresponde a ALLIANZ SEGUROS S.A., la cual recibirá del asegurado la prima total para redistribuirla entre las Compañías Coaseguradoras en las proporciones indicadas anteriormente.

⁴⁷ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

En los siniestros ALLIANZ SEGUROS S.A., pagará únicamente la participación proporcional señalada anteriormente y además, una vez reciba la participación correspondiente de las otras Compañías, la entregará al asegurado, que en ningún momento se haga responsable por un porcentaje mayor al de su participación.”

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro mencionado, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene:

“(…) En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad. (…)”

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del Art. 1095 Ibídem, que establece lo siguiente:

“(…) Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. (…)”

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada, en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mí procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas, y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

Frente a la póliza de seguro de manejo N°21960729/0:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento

hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de Frente a la póliza de seguro de manejo N°21960729/0. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia el 29 de noviembre de 2013, fecha en la cual se declaró el incumplimiento contractual, y se pudo constatar que los dineros girados para el proyectos Torres del Parque no habían sido correctamente invertidos, no fue sino hasta el 29 de diciembre de 2023, esto es, diez (10) años después de que ocurrieran los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada. Incluso, si se tomara en consideración la fecha que erróneamente señaló el despacho como la de ocurrencia de los hechos, es decir, el 13 de septiembre de 2016, también se evidencia la prescripción al transcurrir siete (7) años.

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

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

actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”⁴⁸(Negrilla y subraya fuera del texto original).

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

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”⁴⁹.*

En otra oportunidad, se señaló:

*“En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, **por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha**, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que **“las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la***

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta”.

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

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**⁵⁰.

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

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se declaró el incumplimiento del contrato, esto es, el 29 de noviembre de 2013 e, incluso, la última fecha de vigencia de la póliza de seguro de manejo N°21960729/0 fue hasta el 20 de septiembre de 2016, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 29 de diciembre de 2023, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 1 mes,

⁵⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 10 años y, desde la última fecha de vigencia de la póliza vinculada transcurrieron más de 7 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

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

B. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la Aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes. De manera que, en el caso en concreto, se advierte que la Póliza N°21960729/0, fue afectada con motivo a la decisión proferida por el Contralor Delegado Intersectorial No. 12 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción de la Contraloría General de la República, efectuando un pago por la suma de \$237.600.000 aplicando el deducible del uno por ciento, tal y como se evidencia a continuación:

Póliza No.	21960729
Vigencia	06-08-2016 al 20-09-2016
Tomador, asegurado y beneficiario	Municipio de Tunja
Amparos	ALCANCES FISCALES – JUICIOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL

Dichas pólizas se harán efectivas en los montos y las formas expuestas en la parte considerativa de la presente audiencia de decisión.

banco popular

COMPROBANTE PARA RECAUDOS EMPRESARIALES No. 2531170

Nro. Cuenta / Obligación / Planilla Asistida

Cuenta Cte ☒ Cuenta Ahorro ☐

110-050-00120-5

Nombre de Entidad o Convenio Recaudador

110-050-00120-5

Dirección del tesoro Nacional.

Referencias Nit/C.C./Código de convenio/Nro. Factura/Otra

Ref. 1 R.F. # 2018-00870

Ref. 2 convenio 6078

Ref. 3 Calle 100 # 9A 45

Ref. 4

Cod. Bco.

Nro. Cta. del Cheque

Valor \$

Nro.

1 01 2000 296 056 1.034.265.500

2

3

Total Efectivo \$

Cantidad (1) Total Cheques \$ 1.034.265.500

Total Consignación \$ 1.034.265.500

Nombre usuario del convenio

Nro. Ident.

Teléfono

Aseguradora Solidaria

060524654-6

646 43 30

Diligenciar sólo para pagos de PILA-asistida

Nit/C.C del aportante

Año

Mes

Espacio para sello o Timbre

79641240 LI MSP 18

RR201_RECAUDOS_NACIONALE

Consignante: 8605246543

6079

\$.00

\$.00

ESTE RECIBO NO ES VÁLIDO SIN LA IMPRESIÓN DE LA MÁQUINA REGISTRADORA, EN SU DEFECTO SEAL NECESARIO LA MARCA DEL PROTECTOR, FIRMA Y SELLO DEL CAJERO

BANCO

Por ende, y, en consecuencia, se agotó la suma disponible asegurada, lo que hace evidente la imposibilidad de afectar nuevamente la póliza objeto de discusión por la suma total, ello, en atención a lo establecido en el artículo 1111 del código de comercio.

C. CONDICIONES DE COBERTURA – DE TODOS LOS VINCULADOS COMO PRESUNTOS RESPONSABLES CON LA PÓLIZA No. 021960729/0 SOLO SE AMPARAN LOS FUNCIONARIOS DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUNJA.

Sin que represente aceptación de responsabilidad frente a la responsabilidad fiscal que se pretende endilgar por parte de la Contraloría, debe manifestarse que en virtud de las condiciones particulares pactadas en la Póliza de Seguro de Manejo No. 021960729/0, como tomador, asegurado y beneficiario se constituyó al Municipio de Tunja de manera exclusiva:

Capítulo I

Datos Identificativos

Datos Generales

Tomador del Seguro:

MUNICIPIO DE TUNJA NIT: 8918008461
CL 19 CR 995. .
TUNJA
Teléfono: 7405770
Email: jaimegarciaasesores@gmail.com

Asegurado:

MUNICIPIO DE TUNJA NIT: 8918008461
CL 19 CR 995. .
TUNJA
Teléfono: 7405770
Email: jaimegarciaasesores@gmail.com

Documento: *Extracto de la Póliza No. 021960729/0*
expedida por Allianz Seguros S.A.

Asimismo, atendiendo a las condiciones de cobertura el único cargo y funcionarios que resultan amparados con la Póliza de Seguro No. 021960729/0, respecto de los servidores que fueron vinculados al UCC-PRF-013-2019 por parte del Municipio de Tunja, es únicamente el Exalcalde PABLO EMILIO CEPEDA, y para generar total claridad sobre el asunto, expresamente se señaló el cargo de alcalde en las condiciones de la póliza, que se señalan a continuación:

CARGOS AMPARADOS

Cargos Clase A: Alcalde, Tesorero, Secretario de Hacienda, Secretario de Contratación, Secretaria Administrativa Caja Menor, Almacenista General así como Todos los servidores públicos, funcionarios o contratistas al servicio de LA ALCALDIA. Todos los demás cargos

Clase B.

Documento: *Extracto condiciones de la Póliza No. 021960729/0*
expedida por Allianz Seguros S.A., página 6.

Por lo anterior, en virtud a que en el proceso de responsabilidad fiscal no se incluyeron cargos diferentes al de Alcalde, solo serán aquellos los que se amparan por el factor temporal de la cobertura por el ejercicio del cargo atado a la cobertura del seguro que va desde el 06 de agosto de 2016 al 20 de septiembre de 2016, que cobijó una parte del periodo electivo del señor Pablo Emilio Cepeda, quien fungió como alcalde en vigencia de

la póliza de seguro, pero no podrá incluirse cualquier otro funcionario de la Alcaldía Municipal de Tunja ni de cualquier otra entidad que se encuentren incluidos en el proceso fiscal.

Adicionalmente, tampoco fue vinculado al proceso fiscal un cargo tipo B, de manera que no podrá ser incluido ningún otro adicional al de alcalde, siendo los cargos tipo B definidos en las condiciones del seguro así:

“4. CLASIFICACIÓN DE CARGOS.

Para la emisión o cualquier renovación de la presente póliza, el tomador deberá suministrar a la compañía una relación de cargos de acuerdo con la siguiente clasificación:

Cargos Clase.A.: Son aquellos que, como parte de sus funciones regulares, tienen el carácter de ordenadores de gastos o empleados de manejo y en tal sentido administran, manejan o tienen bajo custodia dineros, valores, títulos valores o bienes de propiedad del asegurado.

Cargos Clase.B.: Son aquellos cuyo desempeño no implica el manejo fiscal de bienes y dineros públicos, aunque si el uso de los mismos, debiendo responder por su conservación y preservación.

PARÁGRAFO: Para los efectos de la presente póliza, la palabra. Servidor Público. Significa persona natural que presta sus servicios al asegurado, vinculado a éste mediante contrato de trabajo o mediante nombramiento por Decreto o Resolución.

La presente póliza cubre automáticamente todos los cambios en la denominación de los cargos y nominación de los servidores públicos durante la vigencia de la póliza, bien sea que quienes los desempeñen actúen en propiedad o como encargados.”

Todos los demás cargos igualmente fueron contemplados en el clausulado para los trabajadores o personal contratado por cualquier vínculo para prestar sus funciones estrictamente a la entidad asegurada (Municipio de Tunja) en sus instalaciones, vinculados ya sea por contrato de trabajo, orden de trabajo decreto o resolución, como se definió en la página 9 de las condiciones del seguro de la siguiente manera:

“19. Definición de trabajador o empleado: La Compañía acepta bajo la presente cláusula, que el término "trabajador empleado" donde quiera que se utilice en la póliza significará:

La persona natural que, dentro del desempeño del cargo asegurado, presta su servicio al LA ALCALDIA, vinculada a éste mediante contrato de trabajo, orden de trabajo o mediante nombramiento por decreto o resolución.

Los asesores y consultores que desarrollan funciones en LA ALCALDIA,

Uno o más oficinistas o empleados del asegurado.

Estudiantes invitados mientras estén prosiguiendo estudios o deberes en los predios del asegurado.

Contratistas bajo la Prestación de Servicios Profesionales.

Empleados de seguridad y contratistas y sus empleados, mientras dichos contratistas estén desarrollando servicios temporales para el asegurado.

Personas suministradas por compañías especializadas para desarrollar trabajos propios del asegurado y bajo supervisión en cualquiera de las oficinas o predios del asegurado.

Directores cuando sean empleados asalariados, pensionados o cuando estén desarrollando labores propias de un empleado o cuando esté actuando como miembro de cualquier comité debidamente elegido o nombrado por resolución de la junta directiva del asegurado para desempeñar específicamente, distinguiéndolo de lo general, actos de dirección en nombre del asegurado.

Cualquier persona o compañía empleada por el asegurado para prestar servicios de procesamiento de datos, de cheques u otros récords de contabilidad del asegurado.

Abogados contratados por el asegurado para la prestación de servicios para el mismo y los empleados de dichos abogados, mientras estén prestando servicios para el asegurado.

Todas las anteriores se consideran empleados mientras estén prestando dichos servicios e incluye los primeros treinta (30) días siguientes a la dejación del cargo o a la terminación de sus servicios, según sea el caso y se otorga siempre y cuando el termino indicado se encuentre dentro de la vigencia de la póliza, sin exceder la fecha de finalización de vigencia.”.

Asimismo, se otorgó cobertura para los funcionarios o trabajadores ocasionales y transitorios que presten sus servicios para el asegurado en sus dependencias, dirigido exclusivamente a amparar al Municipio de Tunja por la función de sus servidores que presten su servicio directamente al Municipio, razón por la cual se definió de esa manera en las condiciones de esta. En virtud de lo anterior, como quiera que no fueron vinculados

funcionarios adicionales al alcalde perteneciente a la entidad asegurada, el presente contrato de seguro solo amparó la gestión del funcionario Pablo Emilio Cepeda.

D. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN VIRTUD DE LA PÓLIZA N° 021960729/0.

En virtud del alcance y cobertura del amparo, tal como se expuso en los argumentos que enervan la responsabilidad fiscal del exalcalde asegurado **PABLO EMILIO CEPEDA** no incurrió en ninguna actuación de la cual se desprenda responsabilidad fiscal, ni mucho menos las conductas señaladas en el objeto de amparo de la póliza en comento, es decir, apropiación indebida de dineros u otros bienes producto de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa. Requisitos *sine qua non* para la realización del riesgo asegurado. Dicho de otra manera, como quiera que a los presuntos responsables no se les está enjuiciando en el proceso fiscal como presuntos responsables de las conductas de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, así se llegue identificar en el juicio su responsabilidad a título de culpa grave, de todas maneras, la póliza no se puede afectar porque no hubo la comisión de los delitos objeto de amparo.

Es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato aseguratorio respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. No obstante, ya se realizó el pago de la indemnización correspondiente a la póliza en comento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de

asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁵¹

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del Derecho Comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intensión del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

5.4. En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura:

“1. AMPARO

La Compañía en consideración a las declaraciones que el Tomador ha hecho en la solicitud, las cuales se incorporan a este contrato para todos los efectos, ampara al asegurado, con sujeción a las condiciones de esta póliza, contra apropiación indebida de dinero u otros bienes de su propiedad que aconteciere como consecuencia de hurto calificado, hurto, abuso de confianza, falsedad y estafa, de acuerdo con su definición legal, en que incurran sus empleados, siempre y cuando el hecho sea cometido durante la vigencia de la presente póliza.

PARÁGRAFO:

a) Las pérdidas provenientes de un número plural de eventos ocurridos durante la vigencia del contrato de los cuales haya sido autor principal o en las que se halle implicado un mismo trabajador, se consideraran para los efectos de la póliza como un mismo siniestro.

b) Por otra parte, el conjunto de pérdidas ocurridas durante la vigencia del contrato, y provenientes de un mismo evento, se consideraran para los efectos de la póliza como un solo siniestro. Habrá unidad de eventos cuando exista identidad de designio criminal, de medio y de resultado. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 29 de noviembre de 2013, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y por ende, no ha

nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada, además, las conductas objeto de reproche no se han tipificado a través de los delitos señalados en el amparo.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No UCC-PRF-013-2019.

E. LOS HECHOS CIERTOS SON RIESGOS DE CARÁCTER INASEGURABLE A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1054 DEL C.Co.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Del ámbito del riesgo, a partir de la definición inicial (art. 1054 C.Co.), se puede establecer que el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, quedando excluidos por tanto los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles. A este respecto, sea oportuno recordar lo manifestado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia en el sentido de que:

"(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho"⁵² (...)"

⁵² Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

Otra parte de la doctrina sostiene que *“el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.”*⁵³ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a dudas que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza N°21960729/0, como quiera que la declaratoria de incumplimiento del 29 de noviembre de 2013, fue la que demostró que los recursos invertidos en el Proyecto Torres del Parque no habían sido correctamente gestionados y, por ende, no había un avance significativo en la ejecución del contrato. Por lo tanto, para el momento de la entrada en vigor de la póliza, esto es el 06 de agosto de 2016, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal, por ende, mi representada debe ser absuelta de cualquier tipo de responsabilidad en el proceso bajo estudio. Lo anterior, debido a que ordenar hacer efectiva la póliza con base en un hecho pretérito y cierto y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co., constituye en sí mismo un evento contrario al ordenamiento jurídico.

F. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N° 021960729/0.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, en especial del señor PABLO EMILIO CEPEDA, quien es el único vinculado amparado en la póliza 021960729/0 fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarca dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

“2 – RIESGOS NO CUBIERTOS

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos, Expediente T-5.200.719, 04 de marzo de 2016.

Esta póliza no cubre perdidas provenientes de cualquiera de los siguientes hechos:

14. Daños que sufran los bienes, por cualquier causa.
15. Mermas, diferencias, desapariciones, faltantes u otras pérdidas de inventario que no puedan ser imputables a un empleado determinando.
16. Créditos concedidos por el asegurado a cualquiera de los empleados amparados por la presente póliza, aunque se hayan otorgado a título de buena cuenta o anticipos sobre comisiones, honorarios, sueldos o por cualquier otro concepto.
17. La apropiación de bienes de ilícito comercio
18. El lucro cesante.
19. Cualquier delito de los enumerados en la condición primera de esta póliza en que incurra un empleado al amparo de la situación creada por incendio, explosión, erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera. Otras convulsiones de la naturaleza, tifón, huracán, tornado, ciclón u otra perturbación atmosférica guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos, o en general conmociones populares de cualquier clase.
20. El abuso de confianza cuando no implique apropiación sino uso indebido con perjuicio del asegurado.
21. **Perdidas que sufra el asegurado en su oficina principal, sucursales y agencias donde se manejen recursos financieros y patrimoniales cuando se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado visita formal de auditoria al menos 2 veces al año (semestrales), dejando constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.**
22. Pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado arqueo trimestral a los jefes de cartera, directores comerciales, ejecutivos de cuenta, vendedores o quien tenga a cargo el manejo de dineros o títulos valores de su propiedad, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello, así como las pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado inventario trimestral a los bodegueros, almacenistas o quien tenga a cargo activos de su propiedad, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.
23. Pérdidas que sufra el asegurado su oficina principal, sucursales y agencias donde se verifique por parte de la Compañía que el asegurado no ha realizado arqueos diarios para cobradores, cajeros, mensajeros, pagadores ambulantes, cobradores y/o para aquellas personas que realicen estas

actividades, el asegurado deberá dejar constancia mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.

- 24. Pérdidas sufridas por el asegurado que se originen en actos u omisiones imputables, como autores o partícipes, a empleados que no hayan tomado vacaciones ininterrumpidas de por lo menos cinco (5) días dentro del año siguiente a aquel en el que se causen.*
- 25. Pérdidas causadas por empleados de empresas de empleo temporal y/o firmas especializadas.*
- 26. Esta póliza no operará como capa primaria o como exceso de las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros contratadas por el asegurado.”*

(...)

“2. EXCLUSIONES.

Esta póliza no cubre las pérdidas provenientes de cualquiera de los siguientes conceptos:

- A. Merms o daños que sufran los bienes por causa natural, salvo si se probare negligencia de algunos de los servidores públicos.*
- B. Merms, diferencias de inventarios y desapariciones o pérdidas que no puedan ser imputables a un servidor público determinado.*
- C. Créditos concedidos por la entidad estatal asegurada a cualquiera de los servidores públicos amparados por la presente póliza, aunque se hayan otorgado a título de buena cuenta o anticipos sobre comisiones, honorarios, sueldos o por cualquier otro concepto.*
- D. Todas aquellas sanciones administrativas o disciplinarias impuestas al servidor público, por causa diferente a la violación de las normas legales, fiscales y reglamentarias que impliquen menoscabo de los fondos y bienes.*

Se encuentran excluidas las pérdidas acaecidas como consecuencia de la no realización por parte del asegurado de una o varias de las siguientes actividades:

- E. Visita formal de auditoría a todos los centros de costo que manejan recursos financieros y patrimoniales de la empresa por lo menos una vez al año. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
- F. Inventario trimestral a los jefes de cartera, directores comerciales, ejecutivos de cuentas, bodegueros, almacenistas o quien tenga a su cargo los activos de la compañía. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
- G. Arqueos diarios a los cobradores, cajeros, mensajeros, y pagadores ambulantes. El Asegurado debe dejar constancia de tal revisión mediante actas o informes pertinentes con las fechas y firmas autorizadas para ello.*
- H. Contrato de seguro:*

La Compañía no otorgará cobertura ni será responsable de pagar ningún siniestro u otorgar ningún beneficio en la medida en que (i) el otorgamiento de la cobertura, (ii) el pago de la reclamación o (iii) el otorgamiento de tal beneficio expongan a la Compañía a cualquier sanción, prohibición o restricción contemplada en las resoluciones, leyes, directivas, reglamentos, decisiones o cualquier norma de las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América o cualquier otra ley nacional o regulación aplicable.”⁵⁴

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por algunas de las conductas no cubiertas o expresamente excluidas de cobertura igualmente conllevarán a determinar la improcedencia de la afectación del seguro.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., del Proceso de Responsabilidad No. UCC-PRF-013-2019 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye expresamente de cobertura los hechos materia de la acción fiscal, tal y como se demostró.

G. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia

⁵⁴ CONDICIONES GENERALES PÁGINA 20.

de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”⁵⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido que a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EC le corresponde el 40%, de la suma límite establecido en las condiciones de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000) a continuación se relaciona:

Coberturas y Límites		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
AMPARO BÁSICO	600.000.000,00	17.021.734,00

Documento: Extracto condiciones de la Póliza No. 021960729/0
expedida por Allianz Seguros S.A.

Precisando lo anterior, igualmente se pactó en la página 18 de las condiciones de amparo, estableciendo el límite de responsabilidad la suma indicada en la carátula de la póliza en los siguientes términos:

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

“3. LIMITE DE INDEMNIZACION

La suma indicada en la carátula de esta póliza o por anexo como «Límite por vigencia» es el límite máximo de responsabilidad de La Compañía por todas las pérdidas causadas por los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro. En ningún caso y por ningún motivo la responsabilidad de La Compañía puede exceder este límite durante la vigencia, aunque durante el mismo período ocurran uno o más siniestros.

La suma indicada en la carátula de esta póliza o por anexo como «límite por evento» es el límite máximo de responsabilidad de La Compañía por todas las pérdidas causados por el mismo siniestro.

Cuando en la carátula de esta póliza o por anexo se indica un sublímite para un determinado amparo por vigencia, tal sublímite es el límite máximo de la indemnización por todas las pérdidas causadas por todos los siniestros ocurridos durante la vigencia del seguro que afectan dicho amparo.”

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, que el Contrato de Seguro no presta cobertura temporal y las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene un límite y valor asegurado que deberá ser tenido en cuenta por el ente fiscal, en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

H. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO.

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que en el contrato de seguro se pactó un deducible del 1% de la pérdida sin mínimo, de la siguiente manera:

“DEDUCIBLES MAXIMOS PERMITIDOS

No aplicación de deducible para cajas menores, según lo establecido en las condiciones de Cláusulas Básicas. Empleados no Identificados: 1% sobre valor de la pérdida, sin mínimo

OTROS EVENTOS: se otorga 1 % sobre valor de la pérdida, sin mínimo”

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

*“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.*

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁵⁶. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del 1% de la pérdida sin mínimos.

I. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y ALLIANZ SEGUROS S.A.

Es importante mencionar, sin que tal manifestación pueda llegar a ser tenida en cuenta como aceptación alguna de responsabilidad por parte de mí representada o que pueda ser valorada en detrimento de los argumentos expuestos anteriormente, que conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mi representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y ALLIANZ SEGUROS S.A., de la siguiente manera:

“CLÁUSULA DE COASEGURO CEDIDO

⁵⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

Mediante la presente cláusula adicional que forma parte integrante de la póliza arriba citada, se deja expresa constancia de que, el presente amparo lo otorga ALLIANZ SEGUROS S.A. y lo suscriben también, las compañías que aparecen relacionadas a continuación, pero las obligaciones de las compañías para con el asegurado no son solidarias; el riesgo y la prima correspondiente, se distribuyen entre las citadas compañías:

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Lider	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	1.287.123,00
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	858.082,00

La administración y atención de la póliza corresponde a ALLIANZ SEGUROS S.A., la cual recibirá del asegurado la prima total para redistribuirla entre las Compañías Coaseguradoras en las proporciones indicadas anteriormente.

En los siniestros ALLIANZ SEGUROS S.A., pagará únicamente la participación proporcional señalada anteriormente y además, una vez reciba la participación correspondiente de las otras Compañías, la entregará al asegurado, que en ningún momento se haga responsable por un porcentaje mayor al de su participación.”

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro mencionado, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene:

“(…) En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad. (…)”

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del Art. 1095 Ibídem, que establece lo siguiente:

“(…) Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. (…)”

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada, en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mí procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas, y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

De conformidad con las documentales obrantes en el expediente dentro del proceso de responsabilidad fiscal N°UCC-PRF-013-2019, no obra prueba que determine la existencia de un presunto detrimento patrimonial al Estado derivado del actuar doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables fiscales, ello, debido a que como se evidencia en el expediente, no hay ninguna documental que determine cuál fue el porcentaje incumplido, así como los ítems uno a uno que denotan que cuando inició la ejecución del contrato, los recursos no fueron utilizados en la construcción de las viviendas, ello por cuanto el juicio de reproche ha sido los recursos, pero no el modo en que presuntamente no fueron bien utilizados, así como se desconoce lo que sí fue ejecutado con el presupuesto.

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

“ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
- *Un daño patrimonial al Estado.*

- *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”*

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

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

En este sentido, y teniendo claro, lo previamente manifestado, sumado a las pruebas que se analizarán a lo largo de este escrito, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta de los gestores fiscales. En consecuencia, el honorable despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. UCC-PRF-013-2019.

A. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

Por lo expuesto anteriormente, resulta claro que dentro del proceso en cuestión no obra prueba alguna que acredite el supuesto detrimento patrimonial invocado por la Contraloría Delegada, pues ésta simplemente se limitó a establecer la cuantía del mismo en la totalidad de la suma de los recursos provenientes de subsidios de orden nacional, departamental o municipal girados al constructor del proyecto, sin efectuar el análisis acerca de la forma en que los mismos fueron invertidos, prescindiendo del relevante hecho según el cual se determina como algunas soluciones habitacionales se construyeron en su totalidad sin que se presente deficiencia en su calidad, que las obras de urbanismo fueron construidas de conformidad con los planos aprobados y que no todas las torres de apartamentos presentaron afectaciones.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial

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

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

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

*Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).⁵⁷*

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

⁵⁷ Ibidem.

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.*⁵⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso.

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

En este orden de cosas y frente al caso objeto de estudio, lo primero que debe tomarse en consideración es que en el Auto No. 0922 del 25 de octubre 2019, el ente fiscal determinó que el supuesto daño patrimonial correspondía a la totalidad de los subsidios provenientes del orden nacional, departamental y municipal que fueron girados al inversionista constructor Iader Barrios Hernández para la ejecución del proyecto de vivienda “Torres del Parque”, la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505).

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.

Posteriormente y mediante el Auto No. 268 del 17 de febrero de 2021, al mismo se adicionaron diferentes rubros, arrojando una cuantía global del supuesto detrimento por valor de SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$7.940.461.325), discriminados de la siguiente manera:

1. **CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505)** correspondientes a los subsidios provenientes de recursos nacionales que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.
2. **CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$425.487.500)** correspondientes a los subsidios provenientes de recursos Departamentales que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.
3. **MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$1.728.682.870)** correspondientes a los subsidios provenientes de recursos municipales complementarios que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto.
4. **SEISCIENTOS VEINTIDOS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$622.763.324)** correspondientes al valor total pagado (valor inicial más adiciones) por el Contrato de interventoría No. 030 de consultoría del 20 de diciembre de 2009, cuyo objeto era la *“Interventoría Técnica Financiera y Ambiental para la Construcción del Proyecto de Vivienda VIP Torres del Parque del Municipio de Tunja (Boyacá)”*.
5. **CINCUENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$53.200.000)** correspondientes al valor pagado a la Sociedad Boyacense de Ingenieros y Arquitectos – SBIA -. Con ocasión del Convenio de Cooperación Interinstitucional No. 001 de 2016, cuyo objeto era el de *“Aunar esfuerzos para la realización de un peritazgo técnico para la evaluación del estado actual de las estructuras y estado de construcción del proyecto “TORRES DEL PARQUE” y peritazgo técnico de las torres de mampostería estructural que conforman el proyecto “ESTANCIA DEL ROBLE”*.
6. **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS (\$241.159.125)** correspondientes al valor total

pagado (valor inicial más adición) a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Con ocasión del Contrato de Interadministrativo No. 002 del 5 de junio de 2017, cuyo objeto era el de *“Realizar el estudio de evaluación geotécnica, estructura e hidráulica y diseñar las intervenciones requeridas para corregir las deficiencias en los proyectos de vivienda en ejecución: Torres del Parque y la Estancia del Roble de la ciudad de Tunja”*.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se van a esgrimir los argumentos que evidencian que en el presente proceso no existe prueba alguna del supuesto daño al patrimonio del Estado, el cual, según el órgano fiscal, se compone por los rubros descritos anteriormente. Adicionalmente, que en el evento en el que se llegara a considerar lo contrario, es decir, que el daño se encuentra acreditado, la cuantía establecida por la Contraloría General de la República para el mismo resulta a todas luces errónea. De manera que, la determinación del supuesto detrimento patrimonial y su tasación, en los términos en que lo ha hecho el ente de control, no solo constituye una violación a la naturaleza resarcitoria inherente al proceso de responsabilidad fiscal, sino que además impide que se configure responsabilidad alguna en cabeza de los presuntos responsables vinculados, por cuanto brilla por su ausencia el primer elemento necesario para la configuración de esta.

a) RESPECTO DE LOS SUBSIDIOS PROVENIENTES DE RECURSOS NACIONALES, DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES QUE FUERON GIRADOS AL INVERSIONISTA CONSTRUCTOR PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO.

Como es bien sabido por los intervinientes el proceso, a través del Auto No. Auto No. 0922 del 25 de octubre 2019, el ente fiscal determinó como daño la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCO PESOS (\$4.869.168.505), suma correspondiente a los recursos nacionales que fueron girados al constructor inversionista Iader Wilhelm Barrios Hernández para la construcción del proyecto de vivienda “Torres del Parque” en el municipio de Tunja – Boyacá.

Tal y como procederá a explicarse, este rubro, el cual constituye la mayor parte de la suma global que a partir del Auto No. 268 del 17 de febrero de 2021 se tiene como daño patrimonial al Estado y que fue adicionado con las sumas de CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$425.487.500) correspondientes a los subsidios provenientes de recursos Departamentales y de MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS (\$1.728.682.870)

correspondientes a los subsidios provenientes de recursos municipales complementarios que fueron girados al inversionista constructor para la ejecución del proyecto. Carece de asidero fáctico y jurídico alguno, pues el ente fiscal omitió por completo su obligación de efectuar el análisis correspondiente y acucioso que demanda un juicio de responsabilidad fiscal, máxime cuando este se adelanta mediante el trámite ordinario.

Lo anterior por cuanto se establece como monto del daño el valor total de los subsidios provenientes de los recursos nacionales, departamentales y municipales que según certificación expedida por el contador de ECOVIVIENDA, fueron girados al inversionista constructor en la ejecución del proyecto, habida cuenta que estos no representaron utilidad alguna en los términos y para los fines para los que se concibió la construcción del proyecto de vivienda “Torres del Parque”. No obstante, el ente fiscal prescindió totalmente del evidente hecho según el cual los recursos provenientes de tales subsidios si fueron efectivamente invertidos en el proyecto y para acreditar este dicho, basta con reconocer y aceptar, incluso a partir de un estudio fotográfico, la existencia de la urbanización.

Por lo expuesto anteriormente, resulta claro que dentro del proceso en cuestión no obra prueba alguna que acredite el supuesto detrimento patrimonial invocado por la Contraloría General de la República, pues ésta simplemente se limitó a establecer la cuantía del mismo en la totalidad de la suma de los recursos provenientes de subsidios de orden nacional, departamental o municipal girados al constructor del proyecto, sin efectuar el análisis acerca de la forma en que los mismos fueron invertidos, prescindiendo del relevante hecho según el cual algunas soluciones habitacionales se construyeron en su totalidad sin que se presente deficiencia en su calidad, que las obras de urbanismo fueron construidas de conformidad con los planos aprobados y que no todas las torres de apartamentos presentan afectaciones.

b) RESPECTO DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS COMO PRESUNTA CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PROYECTO DE VIVIENDA TORRES DEL PARQUE:

Los últimos tres conceptos que conforman la totalidad del detrimento patrimonial considerado por la Contraloría General de República en el Auto No. 268 del 17 de febrero de 2021, corresponden a los valores pagados con ocasión del Contrato de interventoría No. 030 de consultoría del 20 de diciembre de 2009, cuyo objeto era la *“Interventoría Técnica Financiera y Ambiental para la Construcción del Proyecto de Vivienda VIP Torres del Parque del Municipio de Tunja (Boyacá)”*; al Contrato de Interadministrativo No. 002 del 5 de junio de 2017, cuyo objeto era el de *“Realizar el estudio de evaluación geotécnica, estructura e hidráulica y diseñar las intervenciones requeridas para corregir las deficiencias en los proyectos de vivienda en ejecución: Torres del Parque y la Estancia del Roble de la*

ciudad de Tunja”, y el Convenio de Cooperación Interinstitucional No. 001 de 2016, cuyo objeto era el de *“Aunar esfuerzos para la realización de un peritazgo técnico para la evaluación del estado actual de las estructuras y estado de construcción del proyecto “TORRES DEL PARQUE” y peritazgo técnico de las torres de mampostería estructural que conforman el proyecto “ESTANCIA DEL ROBLE”.*

En la misma providencia se estableció como justificación de tal adición *“surge (...) en el sentido de investigar los hechos relacionados con los recursos invertidos por parte del municipio y el departamento en el proyecto Torres del Parque; el contrato de consultoría No. 030 de 2009 y los contratos y convenios suscritos por ECOVIVIENDA para establecer las falencias constructivas y el estado de las obras correspondientes al citado proyecto de vivienda. Daño adicional que asciende a TRES MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.071.292.819) M/CTE, (...)”.*

Así, esta defensa considera que no puede tenerse como un detrimento al patrimonio del Estado la suma de dinero pagada como consecuencia de 3 contratos que efectivamente cumplieron el objeto para el cual fueron celebrados, pues los resultados de los estudios fueron entregados a ECOVIVIENDA y a partir de los mismos la administración municipal pudo ejercer las acciones que consideró necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de los beneficiarios de las unidades de vivienda. En ese sentido, independientemente de las múltiples causas que llevaron a la necesidad de contratar los estudios objeto de los contratos en cuestión, las cuales a la fecha no han logrado ser determinadas con certeza, los mismos resultaban necesarios para proteger la integridad de los usuarios del proyecto de vivienda Torres del Parque, pues como se mencionó, permitieron a la administración ejercer la acciones que consideraran pertinentes.

Así, no puede tenerse como daño al patrimonio del Estado el valor cancelado por los contratos a los que se ha hecho referencia, toda vez que eran necesarios para salvaguardar los derechos de los beneficiarios del proyecto, efectivamente fueron cumplidos a satisfacción y dotaron a la administración de información que permitió adoptar medidas necesarias para atender las circunstancias que en ese momento se estaban presentando.

Con base en los argumentos que han sido esgrimidos, es preciso efectuar el análisis particular respecto de los valores que fueron imputados como detrimento patrimonial en contra de los presuntos responsables fiscales asegurados por los contratos de seguro con base en los cuales se vinculó a mi procurada Aseguradora Solidaria de Colombia E.C.

Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que

consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.”

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción fiscal y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el radicado No. UCC-PRF- 013-2019.

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

Es crucial destacar que, según la relación de documentos presentes en el expediente que sirvieron como base para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal en cuestión, y que fueron nuevamente mencionados en el auto de imputación, hasta la fecha no se ha identificado ningún elemento de prueba que indique una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables. Lo que se observa, y la propia Contraloría destaca, es que hubo una serie de casas que fueron elaboradas en virtud del proyecto Torres del Parque, al demostrarse el cumplimiento de varios de los componentes del proyecto de vivienda y la inversión correcta de los dineros entregados. Como ejemplo de esto, se tienen los avances en la red de alcantarillado los cuales fueron acreditados al cien por ciento, por lo que si bien, se señala que los dineros no fueron usados de manera correcta, no se advierte un porcentaje real en contraposición con los avances que tuvo la obra.

Es de suma importancia ponerle de presente al despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que es necesario que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la

providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

"6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999

(M.P. Álvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

"El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que, para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declaro inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁵⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los señores Arturo José Fructuoso Montejó Niño, Fernando Flórez Espinosa, Pablo Emilio Cepeda

⁵⁹ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

Novoa, Wilberth Amaury López Blanco, German Rafael Bermúdez Arenas, Gloria Luz Marietha Ávila Fernández, Viviana Andrea Camargo Reyes, Nelson Fabian Pérez Burgos, Omar Enrique Suarez Leandro, María Fernanda Sandoval Borda, Victoria Eugenia Granados Camacho, Jorge Alexander Vargas Mesa, Aider Wilhem Barrios Hernández, Bernardo Gil Zapata, William Duván Avendaño Suárez, Wilson Alfonso Rodríguez Pinzón, Javier Revelo Barreto, Julián Danilo Rojas Cerquera, Nathalia Corredor Quiñones, Sonia Carolina Lozano Monroy, Héctor Miguel Mojica Mojica y Miguel Ángel Molina Muñoz, puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se deben iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandato del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

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

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

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

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

*“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”⁶⁰* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

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

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

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

*“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa** (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁶¹*

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a la persona previamente identificada, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al Despacho que de las pruebas que han sido allegadas se permite dentro de otros aspectos, acreditar el cumplimiento de varios de los componentes del proyecto de vivienda y la inversión correcta de los dineros entregados. Como ejemplo de esto, se tienen los avances en la red de alcantarillado, los cuales se acreditan al 100%:

Observación: Al realizar el ejercicio de cuantificación de las 14 actas de obra, la sumatoria de los cortes de obra de las 14 actas da un total de: \$ 4.305.168.533,39. Comparado con el valor cancelado registrado en la acta No. 14 por valor de \$ 4.146.888.097,15 y un saldo de: \$ 1.470.977.551,00, para la sumatoria del valor del contrato que es de: \$ 5.617.865.648,15.

Cabe resaltar que en el informe 31 realizado por la supervisión FONADE, incluido en el informe de interventoría No. 65 a la fecha de mayo de 2016 las actividades de alcantarillado tienen el siguiente avance: red principal ejecutada al 100% (sistema pluvial, sanitario y conexión al emisario final), acueducto: red principal ejecutada al 100%, con acometidas externas generales para cada torre, energía eléctrica y alumbrado público ejecutado al 100% con acometidas principales para cada torre. Las vías, andenes y sardineles: vías (transversal y acceso al proyecto) en pavimento, andenes y sardineles construidos en concreto a lo largo de la vía, ejecutados al 100%¹⁷.

61 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Documento: Informe Técnico PRF-013-2019. Auto No. 1078 de 6 de julio de 2021: Municipio Tunja – Boyacá. Pág. 55.

De la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, por cuanto se encuentran totalmente demostradas una serie de actuaciones en cabeza de los investigados, tendientes al cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios. En este sentido es importante resaltar que el proceso de contratación precontractual y contractual siempre se desarrolló en estricto cumplimiento de los estamentos reglamentarios y en aplicación de la normatividad que regula la materia, por lo que carece pues de la calificación necesaria ante el cumplimiento de los componentes establecidos en el convenio con participación activa y económica por parte de ADIFCOL, al igual que de cada uno de los profesionales o servicios involucrados en el objeto del contrato estatal conforme con lo que reposa no solamente dentro del expediente del caso en marras sino también en el SECOP I.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

Frente a lo anterior ha de decirse desde ahora que no hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden de cosas, claro resulta que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción disciplinaria impuesta a los presuntos responsables por los hechos materia de investigación, por ningún motivo, se hace presumible el elemento que aquí se estudia. Lo mismo ocurre con las causales que presuponen un actuar culposos, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

De otro lado y antes de concluir, vale la pena traer a colación la disposición contemplada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que respecto de la posibilidad, excepcional, de la presunción de culpa y dolo establece lo siguiente, lo cual confirma que en este caso no es aplicable tal presunción:

“ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, así como las declaraciones rendidas por los presuntos responsables dentro del presente proceso, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los señores Arturo José Fructuoso Montejo Niño, Fernando Flórez Espinosa, Pablo Emilio Cepeda Novoa, Wilberth Amaury López Blanco, German Rafael Bermúdez Arenas, Gloria Luz Marietha Ávila Fernández, Viviana Andrea Camargo Reyes, Nelson Fabian Pérez Burgos, Omar Enrique Suarez Leandro, María Fernanda Sandoval Borda, Victoria Eugenia Granados Camacho, Jorge Alexander Vargas Mesa, Aider Wilhem Barrios Hernández, Bernardo Gil Zapata, William Duván Avendaño Suárez, Wilson Alfonso Rodríguez Pinzón, Javier Revelo Barreto, Julián Danilo Rojas Cerquera, Nathalia Corredor Quiñones, Sonia Carolina Lozano Monroy, Héctor Miguel Mojica Mojica y Miguel Ángel Molina Muñoz. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar

que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta de los implicados, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento, de suerte que no concurren los elementos *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir Fallo de Responsabilidad Fiscal en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

I. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables fiscales, y en especial de los señores **FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA, PABLO EMILIO CEPEDA, VIVIANA ANDREA CAMARGO Y MIGUEL ÁNGEL MOLINA** así como cualquier otro presunto responsable que el Juzgador fiscal remotamente considere que tiene cobertura con las pólizas expedidas por mi representada, vinculadas al proceso fiscal y consecuentemente, se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número UCC-PRF-013-2019, que cursa actualmente en Contraloría delegada Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública, que permita imponer obligación indemnizatoria a cargo de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**
- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que las pólizas 600-64-994000002920, 600-87-994000000023, 600-87-994000000029, 600-87-994000000017, 21715582 en coaseguro y 21960729 en coaseguro, no se ha configurado el riesgo asegurado conforme con los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el expediente No. UCC-PRF- 013-2019, que cursa actualmente ante el Grupo de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría delegada

Intersectorial No. 15 de la Contraloría General de la República. Además, por cuanto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a la luz del art. 120 de la Ley 1474 de 2011.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado, así como los deducibles y exclusiones pactados para las pólizas objeto de discusión.

II. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de las Pólizas de Seguro No 600-64-994000002920, 600-87-994000000023, 600-87-994000000029, 600-87-994000000017, 21715582 en coaseguro y 21960729 en coaseguro, con las condiciones generales y particulares.
- 1.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 1.3. Certificado de Existencia y Representación Legal de Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., expedido por la Cámara de Comercio.

Los anteriores documentos se aportan en copia simple, siguiendo lo señalado por el artículo 246 del Código General del Proceso, disposición mediante la cual se les asigna a este tipo de copias el mismo valor probatorio que a los documentos aportados en original.

II. NOTIFICACIONES

- El suscrito recibe notificaciones en la Carrera 11 A No.94 A – 56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

- Mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., recibirá notificaciones en la Calle 100 No 9A - 45, de la ciudad de Bogotá, correo electrónico: notificaciones@solidaria.com.co

Del Señor Contralor, atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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