

Señores

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES 1E**

Atn: Dr. Ricardo Andrés Rojas Sánchez

Nohora O. Lasso Pardo

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182

ENTIDAD AFECTADA: EMPRESAS MUNICIPALES DE EMCALI-EMCALI E.I.C.E ESP

PRESUNTOS RESPONSABLES: INCOMELEC INGENIEROS LTDA, LUIS EDUARDO LOPEZ.

TERCERO VINCULADO: SEGUROS DEL ESTADO S.A, ALLIANZ SEGUROS S.A

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, actúo en calidad de apoderado de **Allianz Seguros S.A** sociedad comercial, legalmente constituida, con NIT. 860.026.182-5, tal como se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal que se aporta, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA** por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de la Póliza de Seguro N° 022335903 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 presuntas irregularidades. Para contextualizar el asunto materia de reproche, las presuntas irregularidades se fundamentan en el presunto incumplimiento del CONTRATO No. 500 EG-CS-1481 del 16 de diciembre de 2016, celebrado por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-EMCALI EICE ESP y por INCOMELEC INGENIEROS LTDA, cuyo objeto fue: "*Suministro de medidores de energía trifásicos para medida directa y semidirecta para integrarse a la red TWACS de EMCALI EICE ESP y elementos para el mantenimiento del sistema AMI-TWACS, soporte, actualización y mantenimiento del sistema AMI de EMCALI de la versión actual del software TNG a la plataforma TNS y de acuerdo con las condiciones, especificaciones técnicas y cantidades definidas*". El mencionado contrato se suscribió por un valor de \$5.216.359.537. Según el equipo auditor del ente de control, se presentaron las siguientes presuntas irregularidades:

"Ítem 1. Medidores Polifásicos Directa De los 631 medidores polifásicos directa marca Landis GYR que se adquirieron, hay 365 instalados e integrados al sistema AMI TWACS, 258 entregados a los contratistas de normalización para su correspondiente instalación y 8 medidores que resultaron no conformes en calibración.

Ítem 2. Medidores Trifásicos Semidirecta. De los 1073 medidores trifásicos Semidirecta marca NANSEN que se adquirieron, hay 638 instalados e integrados al sistema AMI TWCAS, 355 en almacén de EMCALI, 66 entregados a los contratistas de normalización para su correspondiente instalación y 14 medidores que resultaron no conformes en calibración. Con base en el resultado de las pruebas de calibración de los medidores, efectuadas por el laboratorio de EMCALI, se colige que los medidores que resultaron no conformes en calibración, no se podrán instalar. Por lo anterior, los veintidós (22) medidores que resultaron no conformes en calibración son un producto que no reúne las calidades exigidas bajo el contrato, por cuanto no cumplen el propósito de su adquisición, por tanto, debieron ser reemplazados por el proveedor, situación que no se evidencia en la información suministrada hasta la fecha, como tampoco fue soportado durante la visita que efectuó la CGR a las instalaciones de EMCALI durante la semana del 7 al 11 de octubre de 2019. De otra parte, los Medidores Tnfásicos Semidirecta, cabe señalar, que los medidores marca NANSEN referencia SPECTRUM K-2, 5 ART, adquiridos mediante el contrato, tiene suspensión del certificado de conformidad de producto, desde el 9 de junio de 2016, conforme la auditoría de seguimiento efectuada por CIDET, SEG 85640 finalizada en el mes de octubre de 2016.

De otra parte y conforme la respuesta dada por EMCALI a la observación No 7, los medidores NANSEN adquiridos mediante el contrato fueron fabricados en el 2017, lo cual demuestra que para la fecha de fabricación y suministro a EMCALI la certificación de conformidad no estaba vigente. Por lo tanto, los 1073 medidores marca NANSEN adquiridos no cumplen lo establecido en la Resolución 038 de 2014 (art. 10) de la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, situación que se constituye en un presunto incumplimiento de un requisito exigido para productos de medición, lo que comprueba las deficiencias en la supervisión al contrato y las debilidades de EMCALI, en la recepción de los medidores. Lo anterior, conlleva a incrementar el valor del presunto detrimento patrimonial, en cuantía de \$2.237 587.374, correspondiente a la adquisición de los 1073 medidores marca NANSEN.

Ítem 13. Licenciamiento para TNS OPTIMUM para 30.000 puntos finales y JUICE para 7.000 puntos finales. Respecto al licenciamiento para TNS OPTIMUM para 30.000 puntos finales, hay documentos de soporte del recibo de las licencias, sin embargo, existe inconsistencia en cuanto a la propiedad de dicho licenciamiento, por cuanto sigue en cabeza del proveedor, mas no de EMCALI; respecto al licenciamiento JUICE para 7.000 puntos finales, no fue soportado el recibo y entrega de los derechos de propiedad de las mismas, por lo que se considera que el producto no fue entregado a satisfacción y conformidad, poniendo en riesgo a la Entidad por el uso de dichas licencias sin el respaldo legal para tal fin.

Ítem 15. Suministro de servidores para las plataformas TNS (50.000 puntos finales) y para JUICE (25.000 Puntos finales). Realizadas por parte de la CGR, las inspecciones y verificaciones en el datacenter de la Gerencia de Área Tecnológica de Información GATI, se pudo establecer que de los dos (2) servidores contratados, solo hay uno que se ciñe a las características y especificaciones establecidas en el contrato 500-GE-CS-1481-2016, el cual corresponde a al servidor de producción TNS cuyas características y especificaciones son Dell R430 (Rack), respecto del servidor de producción JUICE cuyas características y especificaciones son Dell Power Edge R730 Server, no existe físicamente en el datacenter, ni se ha entregado evidencia de su ingreso al inventario de EMCALI y menos aún de su destinación final. Si bien se han dispuesto otros dos servidores marca Dell, referencia R430 y T630 en el datacenter, sobre los cuales se encuentra alojada la aplicación la base de datos respectivamente, no hay soporte "Otro sí del contrato" de cambio de especificaciones y/o del objeto contractual, que indique la aceptación y/o aprobación del cambio del producto definido en el ítem No 15 del contrato y en las especificaciones técnicas definidas como Anexo 4 de la Invitación a ofertar. Las anteriores situaciones obedecen a deficiencias en los controles del

proceso de recibo de bienes y servicios contratados por EMCALI, así mismo, a la falta de control y seguimiento por parte del supervisor del contrato, por cuanto la información registrada en las actas e informes de supervisión y ejecución del contrato no dan cuenta de los protocolos, pruebas, ensayos, certificados de conformidad y demás soportes de la verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas y de funcionalidad de los elementos recibidos y de los servicios prestados por el proveedor o contratista Configurándose un presunto daño patrimonial a EMCALI en cuantía de \$2 723 812 981, como se describe en la tabla adjunta, por no conformidades en algunos de los elementos contratados y entregados y falta de certificado de conformidad de producto de medidores NANSEN".

En este sentido, por medio del Auto de Apertura de fecha de 30 de septiembre de 2020 se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de DOS MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES OCHOCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$2.723.812.981,00) vinculando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- INCOMELEC INGENIEROS LTDA identificada con NIT 800.126.506- 9 representada legalmente por: JAQUELINE DEL SOCORRO ANGEL PATIÑO identificada con C.C. N° 30.289.105, en calidad de contratista
- LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 94.308.346, en calidad de Jefe de Departamento.

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

Vinculación de Allianz Seguros S.A en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Seguro Póliza de Seguro N° 022335903, con las vigencias descritas más adelante y tomadas por parte de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha Póliza de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al Honorable Juzgador, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de Allianz Seguros S.A. del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

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, a continuación 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 del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182.

A. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

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).¹

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:

"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

¹ Ibidem.

*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**".² (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.

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que de resultar efectivamente probadas las supuestas fallas aducidas por el ente de control respecto al incumplimiento del contrato, estas están en cabeza del contratista y no de mi asegurado EMCALI EICE, por tanto ante una eventual declaratoria de Responsabilidad Fiscal en el presente proceso, el llamado a responder es el contratista y no la empresa de servicios públicos o sus funcionarios. Además de lo anterior, EMCALI se encuentra dentro del término para efectuar reclamación al contratista de la garantía de la calidad de los bienes adquiridos así como se encuentra dentro del término para efectuar la liquidación del contrato 500 GE-CS 1481 de 2016. Además de lo anterior, tomando en consideración la respuesta de EMCALI al hallazgo, en relación con los certificados de conformidad de producto, para los Medidores polifásicos con conexión directa 208 V E34 la empresa cuenta con todos los documentos vigentes al momento de su entrega y para los Medidores Trifásicos semi indirecta Karl Nansen, destinados para macro medición, aduce que éstos no se encuentran dentro del alcance del código de medida establecido en la Resolución CREG 038 de 2014, ya que no son utilizadas para transacciones comerciales, no son registradas en el sistema de intercambios comerciales, no obligan cumplir requisitos asociados a los puntos de medición definidos en el artículo 6 de la tabla No. 1 del auto de apertura, porque se están destinadas a controles internos.

Ahora bien, se puede observar que el hecho de la no conformidad de calibración de algunos medidores, que no se hay formalizado la propiedad de las licencias y que uno de los servidores instalados no se ciña idénticamente a las características pactadas en el contrato no genera un detrimento apreciable en los bienes o en los recursos del Estado, ni produce una afectación de sus intereses patrimoniales, por ende, es una conducta de la cual no puede deducirse un perjuicio patrimonial, pues es claro que el dinero destinado para este contrato fue invertido en su totalidad para beneficio de la entidad y en ningún caso se demuestra que los funcionarios se hayan aprovechado de los recursos para beneficio propio o que el mismo se haya extraviado. Lo anterior indica que los recursos públicos fueron invertidos actividades derivadas del objeto del convenio sin causar menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, ya que, como lo aclara la Corte Constitucional en la sentencia C-340 de 2007 cuando se destinan recursos públicos a fines oficiales distintos de aquél para el que estaban presupuestados, **o cuando el uso de los recursos consiste en una mera infracción de reglamentos, órdenes o directivas, pero sin lesión ni aprovechamiento privado de los mismos, puede haber lugar a una responsabilidad disciplinaria**, pero no a una responsabilidad fiscal, por ausencia de daño.

² 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.

Así las cosas, se puede concluir que el daño presuntamente ocasionado no es concreto, porque con los recursos se cumplió la finalidad del contrato y no es cierto porque se invirtió el valor total destinado para el contrato. Por consiguiente, para que la Contraloría determine que existe un daño patrimonial, es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del mismo, siendo necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, que en el caso que nos ocupa no se evidencia, por cuanto al no acreditarse con certeza el supuesto o presunto daño al patrimonio estatal, no procede la apertura de proceso alguno de responsabilidad fiscal.

Finalmente, vale la pena expresar que por este motivo no hay lugar a resarcimiento del daño, de lo contrario, podría enmarcarse un enriquecimiento por parte de la entidad presuntamente afectada en cuanto constituye la búsqueda del resarcimiento de un detrimento no padecido, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia SU-620 de 1996.

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 y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182.

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 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 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. Alvaro 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 declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**³ (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 del señor LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO, 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.

³ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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).⁴ (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:

“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)⁵

⁴ 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

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas previamente identificadas 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 ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor Luis Eduardo López Botero. Por el contrario, 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 del investigado, tendientes a asegurar la ejecución del contrato y de los ítems pactados, garantizando la inversión total de los recursos destinados para adquisición de los productos, teniendo en cuenta también las necesidades financieras de la entidad. Otra cosa muy distinta es que a pesar de su buena fe el contratista haya incumplido con la totalidad de las especificaciones pactadas en el contrato, pues como se ha venido mencionando, el hecho de que ICOLMELEC INGENIEROS incumplió parcialmente el Contrato 500 GE-CS-1481 de 2016, según su despacho, al entregar y recibir el pago de 22 medidores que resultaron no conformes en la calibración, es decir, supuestamente no cumplieron con las especificaciones técnicas contratadas, por lo cual no se pueden instalar y para esa fecha no habían sido cambiados por IMCOMELEC INGENIEROS a pesar que recibieron el pago de estos no es responsabilidad del supervisor del contrato LUIS EDUARDO LOPEZ BOTERO vinculado como presunto responsable, pues como ya se mencionó para la fecha del levantamiento del hallazgo EMCALI se encontraba dentro del término para efectuar reclamación al contratista de la garantía de la calidad de los bienes adquiridos así como se encuentra dentro del término para efectuar la liquidación del contrato 500 GE-CS 1481 de 2016 .

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de esta persona 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 cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco 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 culposo, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los vinculados como presuntos responsables. 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 de los presuntos responsables 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 Auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura 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 del contrato de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza 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 República. 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 seguros 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)*

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 Póliza de Seguro N° 022335903, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de la misma. 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 la póliza antes referida.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de Allianz Seguros S.A, así:

A. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

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. 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)⁶

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)

⁶ 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 otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza de los presuntos responsables, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor Luis Eduardo López Botero se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza de Seguro N° 022335903 lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a Allianz Seguros S.A del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182.

B. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DEL SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA No. 022335903.

Sin perjuicio de lo expuesto y en gracia de discusión, en el evento de considerar que existe responsabilidad fiscal y que por tanto debe procederse con la afectación de la Póliza de Seguro N° 022335903, la Contraloría General de la República, deberá analizar que en los fundamentos de hecho del mismo auto de apertura, se estipula que la Contraloría Delegada de Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional trasladó el hallazgo con incidencia fiscal, mediante oficio No. del 28/01/2020 a la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales Jurisdicción Coactiva (hoy Contraloría Delegada de Responsabilidad Fiscal, Intervención y Cobro Coactivo) quien a su vez, con oficio 20201E0018654 del 25 de febrero de 2020, asignó el conocimiento del hallazgo a su despacho y que la vigencia de Póliza de Seguro N° 022335903 es del 21/09/2018 al 20/09/2019. Es decir que a la fecha del levantamiento del hallazgo la cual corresponde al 28/01/2020 y a la fecha de la comunicación del auto de apertura que corresponde al 10/10/2020 la póliza no se encontraba vigente.

Por tal motivo, los hechos consignados en el hallazgo fiscal que dio origen a la apertura de este proceso de responsabilidad fiscal no se encuentran amparadas por la póliza.

C. AL TRATARSE DE UNA MODALIDAD DE DESCUBRIMIENTO, LA PÓLIZA No. 022335903 NO OFRECE COBERTURA.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguraticia son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente. Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. En ese sentido, el seguro pactado bajo la modalidad de descubrimiento en procesos de responsabilidad fiscal tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 que literalmente reza:

“ARTÍCULO 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.

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.”*

Además, a partir de la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020 la Contraloría General de la República dio directrices a las distintas unidades de investigación en todo el país, para que estas se tuvieran en cuenta cuando se vincularan las compañías de seguros dentro de los procesos de responsabilidad fiscal. Entre estas, se resaltan aquellas relacionadas con la cobertura descubrimiento

“(…)

*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*

(...) “

En el caso de marras, la Póliza No. 022335903 no ofrece cobertura debido a que se pactó una modalidad de cobertura descubrimiento y el conocimiento de los hechos concretados con el traslado del hallazgo se realizó el 28 de enero de 2020, es decir que fue posterior a la vigencia de la misma. De manera expresa las partes acordaron dicha particularidad de cobertura: “*No obstante cualquier estipulación en contrario en las condiciones generales y particulares de la póliza, se conviene que las pérdidas provenientes de los amparos del presente seguro, se regirán por el término de descubrimiento y no, de ocurrencia y por lo tanto quedan debidamente amparadas todas las pérdidas que se descubran durante la vigencia de la misma.*”. Por otro lado, el reclamo se realizó con la comunicación del Auto de Apertura No. 0409 del 30 de septiembre de 2020 y la vigencia de la póliza inició el 21 de septiembre de 2018 y feneció el 20 de septiembre de 2019. De esta manera, no se cumplió la estipulación contractual que da lugar al pago por parte del presunto tercero civilmente responsable vinculado a este proceso.

En mérito de lo expuesto, de manera anticipada se solicita la desvinculación de Allianz Seguros S.A

D. 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 LUIS EDUARDO LÓPEZ BOTERO y de la empresa INCOMELEC INGENIEROS LTDA la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. Lo anterior encuentra sustento en las condiciones contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Exclusiones

Dolo o actos fraudulentos de la entidad asegurada o del (los) empleado(s) del asegurado secuestrado(s) o supuestamente secuestrado(s), ya sea que actúe(n) solo(s) o en complicidad o coparticipación con terceros.

(...)

*J. Pérdidas causadas **por cualquier acto intencional o doloso** de la entidad estatal asegurada”.* (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)

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrán ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 022335903 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 Allianz Seguros S.A del proceso de responsabilidad fiscal, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE LAPREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A 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 La Previsora Compañía de Seguros S.A y Allianz Seguros S.A de la siguiente manera:

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Lider	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	80,00	94.265.111,20
1041	CEDIDO	LA PREVISORA SA COMPAÑÍA DE SEGUROS		20,00	23.566.277,80

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 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 de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mi 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 las mismas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

F. 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 Allianz Seguros S.A 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”⁷ (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 los amparos que a continuación se relacionan:

*“Amparo básico \$ 800.000.000
Cajas menores \$ 19.500.000
Empleados no identificados 50% del valor asegurado principal \$ 400.000.000
Protección de depósitos bancarios: 50% del valor asegurado principal.
\$400.000.000 Empleados de firmas temporales y especializadas, de cooperativas
y empresas asociativas: 50% del valor asegurado principal.\$ 400.000.000
Pago del siniestro sin necesidad de Fallo Fiscal \$ 800.000.000
Costas en juicios y honorarios profesionales 20% del Valor Asegurado
\$160.000.000 Bienes bajo cuidado, tenencia o control declarados por el
asegurado. 20% del valor asegurado \$160.000.000”*

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, y que el Contrato de Seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contienen unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

G. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA DE LOS DEDUCIBLES PACTADOS

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

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta los siguientes deducibles pactados en el contrato de seguro:

“DEDUCIBLES: Amparo básico: 10 % del valor de la pérdida, mínimo 2 SMMV. Demás amparos: 10% del valor de la pérdida, mínimo 4 SMMV Para reclamos relacionados con las cajas menores: 5% de la pérdida.”

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”⁸. (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 descunte del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro de \$80.000.000.

IV. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra los señores LUIS EDUARDO LÓPEZ BOTERO, INCOMELEC INGENIEROS LTDA y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182, que cursa actualmente en 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 del(os) presunto(s) responsable(s), ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

⁸ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de Allianz Seguros S.A como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Seguro No. 022335903 no presta cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF 85112-2019-359781 SAE 2020-182 que cursa actualmente en La Contraloría General de la República.

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 en cuantía de \$800.000.000 así como el deducible pactado 10% de la pérdida min 4 SMLMV que asciende al rubro de \$80.000.000.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la Póliza de Seguro No. 022335903 sus condicionados particulares y anexos.
- 1.2. Copia del condicionado general de la Póliza de Seguro No. 022335903.
- 1.3. Certificado de Existencia y Representación Legal de Allianz Seguros S.A

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.

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito, en el correo electrónico notificaciones@gha.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.