

Señores
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Gerencia Departamental Quindío
E.S.D.

PROCESO: PRF – 2017 – 01200
ENTIDAD AFECTADA: Ejército Nacional Octava Brigada
ASUNTO: Sustentación recurso de reposición

CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ, abogada en ejercicio, con domicilio en Pereira, Risaralda, identificado con cédula de ciudadanía 1.088.243.926 expedida en Pereira, Risaralda, con Tarjeta Profesional 189.527 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de **QBE SEGUROS S.A.**, me permito respetuosamente sustentar el recurso de reposición presentado en contra del fallo con responsabilidad fiscal proferido dentro del proceso del asunto el día 25 de febrero de 2019, en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DE LA OPOSICIÓN

1. NO EXISTEN ELEMENTOS PARA QUE SE PUEDA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL EN CONTRA DE LOS FUNCIONARIOS DEL BATALLÓN

Establece el art. 53 de la Ley 610 de 2000, lo siguiente:

“ARTÍCULO 53. FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes.”



GÓMEZ GONZÁLEZ

De la norma en comento, y su análisis concordante con el artículo 5º de la Ley 610 de 2000¹, se desprende que para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal de un determinado servidor 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.

La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal *“es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable.”*² Asimismo, el artículo 6º de la Ley 610 de 2000 estipula que se entiende por daño patrimonial del Estado: *“la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.”*

(ii) Un **elemento subjetivo** que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa grave.

Es de anotar que aunque el texto primigenio de la Ley 610 de 2000 establecía que bastaba la culpa leve, lo cierto es que mediante sentencia C-619 de 2002 se estipuló que aquello era inconstitucional por entrar en contradicción con las normas superiores, habida cuenta 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

¹ “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.”

² Consejo de Estado, Sección primera, sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

A B O *ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.”*

Las consideraciones de la Corte Constitucional fueron incorporadas al ordenamiento jurídico, de forma explícita, con la expedición de la Ley 1474 de 2011, en especial en el artículo 118 en el cual se consagró que para que sea viable declarar la responsabilidad fiscal debe comprobarse la culpa grave.

(iii) Un **elemento de relación de causalidad**, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.

Como se explicó, estos elementos deben materializarse de manera concomitante en el procedimiento de responsabilidad fiscal, pues si alguno de ellos no está acreditado, la consecuencia inevitable será que no puede expedirse una decisión declaratoria de responsabilidad³.

En el caso que nos ocupa, diferimos del fallo con responsabilidad fiscal que fue proferido dentro del proceso del asunto, toda vez que consideramos que no se encuentra configurado ninguno de los elementos ya referidos, esto es el elemento subjetivo que implica una actuación calificada al menos de culpa grave de los investigados y el nexo causal; en cuanto al objetivo nuestro reparo se centra, tal como lo explicaremos en la forma en la que se ha establecido, pues se ha omitido por parte del cuerpo colegiado descontar del valor del supuesto detrimentos fiscal el valor de la estructura actualmente, pues si bien de forma errada se ha considerado que la misma es “inútil” nada dista más de la realidad, por cuanto como quedó demostrado dentro del plenario, lo que requiere dicha estructura es su adaptación a las normas sismo resistentes actuales, lo cual resulte ser un valor inferior al costo de la misma.

Resulta claro que cualquier estructura puede ser adecuada a las normas de sismo resistencia, porque de lo contrario todas las estructuras o construcciones antiguas o que fueron construidas sin el cumplimiento de la norma deberían ser demolidas, lo cual no ocurre en la práctica, debido a que los avances de la ingeniería civil permiten su adecuación y remodelación, razón por la cual consideramos que la tasación del daño que realiza la entidad implica un enriquecimiento sin causa para la entidad, ya que de no recalcular el valor del supuesto detrimento para llevarlo al valor real del daño, genera entonces que se desconozca el valor invertido por el contratista en la obra, que asciende como se encuentra probado a \$541.803.439,19 versus el valor inicialmente contratado que ascendió a \$585.200.000.00, al respecto en el Auto de Imputación se indica lo siguiente:

“Paso seguido, una vez realizada la medición de las actividades ejecutadas con el contrato, se evidencio una diferencia apreciable en las cantidades de obra, que indican un presunto detrimento patrimonial al Estado por valor de \$49.265.134,48, explicado por dos circunstancias, la primera que se ejecutaron algunos ítems en menor cantidad a la indicada y pagada con el Acta de recibo a Satisfacción, como por ejemplo el piso en porcelanatto y la construcción de muro en bloque. La segunda circunstancia es que se pagaron obras o

³ Sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00152-01



GÓMEZ GONZÁLEZ

A B C *actividades que no fueron realizadas, como el caso de las acometidas eléctricas, el sistema de puesta a tierra y el Breaker totalizador, por ejemplo.*

Lo anterior se presenta de forma detallada en el cuadro de Balance comparativo entre las cantidades pagadas con el acta de recibo a satisfacción y las cantidades verificadas con la visita especial fiscal, que se muestra en las dos (2) páginas siguientes.

(...) (Ver informe técnico)”

En gracia de discusión, si se admitiera que hubo un detrimento fiscal a favor de la entidad afectada, el mismo no puede ser superior al valor que tendría la adecuación de la estructura a las normas de sismo resistencia actuales, el cual nunca fue determinado por la Contraloría a pesar de las múltiples solicitudes efectuadas por los apoderados de las Compañías aseguradoras, incluida la suscrita, que se decretara como prueba un peritaje que permitiera conocer el estado actual de la construcción y el costo de su adecuación.


Por lo tanto, para que la posición asumida por la Contraloría sea coherente con su argumento de inutilidad de la obra, debió ordenar que la estructura sea destruida y que se construya una nueva, para que así se pueda hablar realmente de un detrimento por valor de \$541.803.439,19, pues de lo contrario a todas luces claramente la adecuación no puede costar más que la obra entera, generando un enriquecimiento a favor de la entidad, el cual no se encuentra justificado y atenta contra los derechos de los responsables fiscales y los respectivos garantes, tan evidente es lo dicho, que el mismo Batallón en un informe ejecutivo indica lo siguiente:



GÓMEZ GONZÁLEZ

Con oficio 2018ER0054127 del 25 de mayo de 2018, el Director del CENAC envía a este despacho análisis de sismo resistencia realizado por el Comando de Ingenieros del Ejército Nacional al nuevo edificio CENAC Armenia - refiriéndose a la obra del contrato que llama la atención de este despacho- (Fs. 893-895), documento en el cual se establece:

IV. OBSERVACIONES	
<ul style="list-style-type: none">• Este no es un informe de vulnerabilidad, pero es un concepto técnico elaborando un modelo estructural sobre el estado de la edificación, el cual se basó en materiales, cuantías y secciones del informe MASERRA ingeniería y arquitectura.• Las deflexiones fueron verificadas ante carga muerta.• Las derivas fueron analizadas bajo aspectos establecidos en el título A.6.2.1.2 y B.2.3.2.1 y el espectro de respuesta sísmica coeficiente de importancia $I=1.0$• Según los chequeos de deflexiones verticales la estructura cumple en un 100%• Se hace chequeo de derivas, hallando algo similar del informe donde las columnas centrales están ligeramente por encima del 1% permitido, como lo establece la NSR-10 en el título A.6.4.1 límites de deriva• A pesar que la estructura cuenta con buenos métodos constructivos y tiene buena estabilidad, una vez verificado parámetros de sismo la edificación NO CUMPLE 100% con la NSR-10	

 MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL COMANDO GENERAL FUERZAS MILITARES EJÉRCITO NACIONAL COMANDO DE INGENIEROS	INFORME EJECUTIVO	Pag. de
		Código FO-COING-547
		Versión: 1
		Fecha de emisión: 2017-04-19

V. RECOMENDACIONES PARA EL PLANEAMIENTO (Presupuestal, complejidad, tiempos de ejecución para el diseño y construcción)	
<ul style="list-style-type: none">• La recomendación es realizar el recalce de las columnas de la zona central de escaleras ampliando secciones a 30x35, dando así cumplimiento a los parámetros en cuestión de la NSR-10.	

2. AUSENCIA DE COBERTURA EN LA PÓLIZA POR TRATARSE DE HECHOS OCURRIDOS ANTES DE INICIAR LA VIGENCIA TÉCNICA.

La vinculación de QBE SEGUROS S.A. al presente proceso, tal como se aclaró al momento de rendir los descargos y los alegatos, se fundamenta en dos pólizas de MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES, siendo una la prorroga o continuación de la otra por lo que solo era procedente su vinculación con una de ellas, no con las dos, las cuales se individualizan así:

- La No. 000705407955 desde 2015/01/01 hasta 2015/12/31 y,
- La No. 000706237137 con vigencia desde 2016/01/01 hasta 2016/12/31.

Habiéndose pactado en cada una de ellas que su modalidad de cobertura es la ocurrencia, es decir que se cubren los eventos ocurridos durante su vigencia, pues nada se dijo respecto que su cobertura

sería por ejemplo por descubrimiento en los terminos del artículo 4 de la Ley 389 de 1997⁴, pues esta modalidad requiere pacto expreso, debiendose por tanto darse aplicación a lo establecido en el art. 1057 del Co. de Co., que establece que los riesgos para el asegurador empiezan a correr desde el día en que se perfeccione el contrato y hacia futuro, pues se insiste ninguna cobertura retriactiva se pacto en las pólizas mencionadas.

Ahora bien, teniendo claro que las pólizas que motivaron la vinculación de mi representada sólo tiene cobertura para hechos ocurridos dentro de la vigencia de las mismas, la cual inició el 2015/01/01, veamos que es un siniestro en la póliza, aclarando que cualquier evento no puede ser siniestro, pues el mismo corresponde con una definición legal que no está sometida a interpretación diferente a la ha dado el legislador quien no distinguíó por lo que no le es permitido al interprete distinguir:

ARTÍCULO 1072. <DEFINICIÓN DE SINIESTRO>. Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado.

Como se puede observar, el siniestro para el seguro no es cualquier evento, sino que es aquel que corresponde con la materialización del riesgo asegurado, estando este supeditado a la obligación condiciones del asegurador, que como elemento esencial de dicho contrato, implica que la obligación del asegurador sólo nace a la vida jurídica cuando el evento corresponde con el riesgo que fue asegurado en la póliza, Vervigracia pensar que para la póliza de manejo para entidades oficiales es un siniestro el incendió de una de las casas de los funcionarios publicos, ya que claramente este no es el riesgo asegurado.

De acuerdo con lo anterior, revisemos entonces que consideró la Contraloria corresponde con el hecho que dio lugar a la responsabilidad fiscal de los investigados:

*“Revisando el nexo causal en el caso sub examine, **el daño deviene desde la etapa precontractual**, pues si lo que se requería era una obra nueva de dos pisos, así debió concebirse desde el comienzo y fue precisamente dentro de la gestión como ordenador del gasto del TC CALLE MORENO que se concibió el proyecto y se cambió el objeto contractual, pese a que formalmente no quedó estipulado.*

*Es menester aclararle al imputado que, **para este despacho, el daño no se da por el recibo de una obra sin terminar, el daño es la obra en sí misma, la cual al no haber sido planeada***

⁴ 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.

PARAGRAFO. 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.

A B C D E F G H I J K L M N O P Q R S T U V W X Y Z

incumple los requisitos de construcción sismo resistente y pone en riesgo a las personas que decidan habitarla.

Es así como se aprecia que la planeación es de imperioso cumplimiento, pues de ella depende el éxito o fracaso de la contratación. Para el presente caso la ausencia de planeación -como pilar de la actividad negocial-, demuestra que la decisión de habilitar -mantenimiento y adecuación de obra existente - y luego de cambiar el objeto contractual, no respondió a necesidades claras y objetivamente identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación.

*Si bien en sus alegaciones el Teniente Coronel aduce que su intervención no es directa, ni relevante con desembolsos de dinero, supervisión, ejecución directa de obra y recibo de la misma, dado que no ostentaba el cargo de ordenador del gasto para esta fecha, esto es 6 de octubre de 2015; **fue a partir de la etapa de planeación y celebración del contrato y posteriormente autorizando el cambio de actividades, donde sí estuvo presente y se encontraba habilitado para el manejo de los recursos públicos, que se materializó la construcción de una obra que no cumplió la finalidad.***

*Se debe advertir que, **de acuerdo a los estudios previos, el pliego de condiciones, la minuta del contrato y los ítems o actividades pactadas, la obra debía corresponder al «mantenimiento de una construcción existente» y no a la construcción de una obra nueva, como en realidad ocurrió.***

(...)

La planeación es un concepto incorporado al derecho, a través de las nociones de planeación y planificación como uno de los principales elementos técnicos planteados en la Ley 80 de 1993 y que fueron traídos de las ciencias de la administración y de la ingeniería industrial. En materia del contrato estatal de obra, es la realización en tiempo de la obra pública, acorde con lo pactado y en términos de presupuesto.

«La preocupación por la planeación obedece a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras que son de prioridad social y no exclusivamente de orden suntuario, respecto a otras de uso restringido, que impliquen inversión no democrática o parcializada; es parte del concepto de modernización y eficiencia del Estado. La ausencia de planeación crea un uso inadecuado de los recursos públicos por desconocimiento de las necesidades y los medios con que se cuenta»

Como se puede observar en los apartes transcritos y en todo el texto del fallo con responsabilidad que se impugna, para el cuerpo colegiado la genesis del evento se da con la planeación y suscripción del contrato de Mantenimiento y Adecuación No. 078-BASPC08-2014 ocurrida esta ultima el 24 de diciembre de 2014 y la planeación por razones obvias antes del 24 de diciembre del 2014, fecha para



GÓMEZ GONZÁLEZ

la cual no había iniciado la vigencia de ninguna de las pólizas de Manejo a Favor de Entidades Oficiales que había emitido QBE SEGUROS S.A., razón por la cual sin asomo de dudas se puede concluir que no existe cobertura ni para ese evento ni para ninguno de los que se desencadenaron del mismo.

Lo anterior, por cuanto la única excepción frente a la cobertura de hechos ocurridos antes del inicio de la cobertura, que de por sí son extraños a la definición de riesgo asegurable del art. 1054 del Co. de Co. que indica que el riesgo es un suceso incierto, son las pólizas en las de acuerdo con lo establecido en el art. 4 de la Ley 389 de 1997 se pacta una cobertura en modalidad “descubrimiento” o “Claims Made”, lo cual no sucedió en este caso, lo que implica que no es de acuerdo con la Ley ni siquiera posible para el asegurador en los términos que suscribió las pólizas No. 000705407955 y 000706237137 dar cobertura a hechos que sucedieron y tuvieron su origen antes del inicio de su vigencia:

ARTÍCULO 1054. <DEFINICIÓN DE RIESGO>. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico, y menos específicamente en ninguna de las normas que regulan el contrato de seguro, una norma que establezca que el asegurador es responsable por los hechos que inician antes de vigencia y finalizan o materializan dentro de la vigencia de la póliza, existe una excepción legal pero opera al contrario de lo establecido por la Contraloría, pues expresamente el art. 1073 del mismo Código, indica que cuando se trata de siniestros iniciados antes de finalizarse la vigencia del seguro y continúan después de finalizarse su vigencia el asegurador si es responsable en los términos del contrato, notese como nada dice de situaciones iniciadas antes de la vigencia del seguro, pues se insiste, se trata de hechos que al ser anteriores ya no son inciertos y por lo tanto son extraños al contrato de seguros, razón por la cual por definición expresa legal son inasegurables:

ARTÍCULO 1073. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

No obstante a resultar absolutamente claro que los hechos que motivaron el proceso de responsabilidad fiscal iniciaron antes del principio de la vigencia técnica del contrato de seguro, que por lo tanto son ajenos a la definición de riesgo por no ser inciertos y a la definición de siniestro, e independientemente que se hayan materializado cuando ya las pólizas si estaban vigentes por cuanto es su génesis la que le interesa al contrato de seguro, la Contraloría respecto de los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso sobre la ausencia de cobertura se limitaron a despachar desfavorablemente dicho argumento indicando tan solo lo siguiente:



GÓMEZ GONZÁLEZ

A B O “En cuanto a la ausencia de cobertura por tratarse de hechos ocurridos por fuera de la vigencia de las pólizas, ya que el proceso de selección y contratación de RIMARCO se llevó a cabo en el 2014 y para esta fecha las pólizas no habían iniciado la cobertura (2015/01/01 al 2016/12/31), **el despacho precisa que si bien el daño se gestó en la etapa de planeación concretada efectivamente a finales del año 2014, también lo fue durante la ejecución del contrato donde se configuró y materializó el mencionado detrimento período en el cual sí tenían vigencias las citadas pólizas cuyos ampaes recordemos operan por ocurrencia** y dentro de este período también tuvo una participación determinante el TC CALLE MORENO.

Si bien este cuerpo colegiado estableció como fecha de ocurrencia de los hechos, para efectos de contabilizar la caducidad de la acción fiscal, la fecha 6 de octubre de 2015 en la que se suscribió el acta de recibo de la obra, **no significa que el siniestro se halla materializado en esta data, pues se itera se trata de un acto complejo en el que se presenta la conjugación e intervención de diferentes sujetos en diferentes etapas (planeación y ejecución) las cuales en suma ocasionaron las irregularidades aquí investigadas**”.

De la lectura anterior se echan de menos los argumentos jurídicos y jurisprudenciales que llevan al cuerpo colegiado, contrario a las normas que regulan el contrato de seguros ya mencionadas, a definir de forma diferente lo que es un siniestro para la póliza, así como de forma absolutamente subjetiva y basada en opiniones personales de quien proyecta el fallo, a decir que el siniestro es un acto complejo lo cual es contrario a las apreciaciones realizadas a lo largo del fallo de responsabilidad, donde lo que se reprocha es la planeación, claramente un contrato o acto mal planeado no va a tener resultados favorables o deseados, es claro, y pensar lo contrario indicaría que el fallo es absolutamente incongruente, que es la mala planeación o la ausencia de ella lo que conlleva a los resultados que hoy se reprochan, por lo que al ser dicha actuación y la consecuente suscripción del contrato de mantenimiento el 24 de diciembre de 2014, fecha anterior a la vigencia de las pólizas, el hecho generador del daño, la conclusión obligada y congruente es que las pólizas no tienen cobertura.

Con todo respecto del cuerpo colegiado, debe insistirse en que no le es dable a su arbitrio definir que es un siniestro para el contrato de seguro, ni tampoco la forma en la que se cubren los riesgos, pues si alguna duda tenía al respecto debió haberse remitido a la normas que lo regulan (art. 1036 y siguiente del Código de Comercio) y al texto contractual, ya que ningún análisis sobre los art. 1072, 1073 y 1054 se realiza en el fallo, lo que nos lleva a considerar que no se realizó un análisis jurídico de la normativa aplicable.

En Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Rad. 76001-31-03-001-2001-00192-01 del 18 de julio 2017, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO que trata un asunto relacionado con una póliza de Responsabilidad Civil con cobertura “Claims Made”, que si bien no corresponde con la póliza del presente proceso, si hace referencia a lo que se debe considerar siniestro en los términos de la Ley y de cada contrato de seguro, así como precisa que el siniestro no es un evento complejo, sino que corresponde con la estricta definición legal y contractual, y precisa la importancia de la vigencia técnica:

“En efecto, en el esquema basado en la ocurrencia, el débito surge de la configuración del hecho dañoso en vigencia del contrato de seguro, sin consideración a que la reclamación se surta luego de la expiración del respectivo pacto.”

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.

(...)

En esa medida, es claro que el Tribunal no se equivocó al decidir en la forma como lo hizo, porque una interpretación finalista del canon 4º de la Ley 389 de 1997, imponía que la reclamación se surtiera dentro de la vigencia de la póliza que rigió entre el 3 de junio de 1998 y el 3 de junio de 1999, lo cual significa que aun cuando el siniestro ocurrió, no hay lugar a su pago por incumplimiento de una estipulación contractual.

Por contera, se descarta el error endilgado al juez ad-quem y la tesis del impugnante según la cual, tanto en el esquema de «ocurrencia» como en el de «reclamación», el siniestro «se configura con el daño causado por el asegurado a la víctima (...)», pues ese razonamiento desconoce el propósito legislativo que llevó a la modificación aludida, esto es, que la solicitud resarcitoria al asegurado o al asegurador, durante la vigencia del pacto o dentro del término adicional igualmente convenido, es una exigencia contractual adicional para que la compañía de seguros cubra los perjuicios ocasionados.

También se descarta el planteamiento desarrollado en el segundo cargo, según el cual el siniestro es un acto complejo compuesto por varios elementos: el daño, como actuación antijurídica del asegurado, la responsabilidad, y la presentación de una reclamación por la víctima.

Todo porque la modalidad de contratación del seguro desarrollada bajo el artículo 4º de la ley 389 de 1997, impone una restricción temporal a la cobertura, «(...) a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, (...)» de la póliza, sin que pueda pretermirse el argumento de que la fecha del daño es suficiente para activar el amparo, pues, insístese, la reclamación oportuna se constituye en una condición adicional, cuya ausencia, lleva al traste el deber resarcitorio.

Traduce lo dicho que no se presentó el yerro endilgado al Tribunal, porque no «restringió de manera muy simplista el siniestro al hecho exclusivo de la reclamación».

Por el contrario, esa Colegiatura dio el alcance que correspondía al pacto, comoquiera que, al margen de la ocurrencia del hecho dañoso, por haberse pactado el seguro de responsabilidad civil bajo la modalidad por reclamación o «claims made», no había lugar a la reparación por haberse deprecado ésta con «posterioridad a la fecha en la que expiró la vigencia de la póliza de la que pretende beneficiarse el Fondo común demandante».

De igual forma, el ad quem no desconoció que se trata de un seguro de responsabilidad civil, en donde se amparan los daños sufridos por terceros. Simplemente, se reitera, negó lo pretendido por la actora, basado en que de manera expresa se convino acoger el sistema de «reclamación hecha», y la misma se hizo por fuera del interregno en que era procedente su realización, según el artículo 4º de la ley 389 de 1997.

Obsérvese al respecto, que el fallo cuestionado expresamente arguyó que «(...) las coberturas contratadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil para directores y administradores por la Corporación Financiera del Pacífico se circunscribían a la 'indemnización de los perjuicios causados a terceros, a los socios y a la sociedad, provenientes de la responsabilidad civil de los asegurados' y 'el reembolso a la sociedad de los perjuicios causados a terceros, a los socios y a la sociedad, provenientes de la responsabilidad civil de los asegurados', siempre y cuando una y otra se hubieren originado en cualquier reclamación iniciada por primera vez contra los asegurados durante la vigencia de la póliza, por todo acto culposo real o presunto cometido por los asegurados en el desempeño sus respectivas funciones como directores o administradores de la sociedad»³.

En síntesis, la elaborada argumentación que envuelven los cargos, se decanta en un esfuerzo por obtener los mismos efectos contemplados en el inciso final del artículo 4º de la ley 389 de 1997, formulado en el sentido de que «(...) 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», lo que no fue pactado y, por ende, no determinó el valor de la prima liquidada, por lo que mal podría aprovecharse de esta situación para obtener un beneficio extraño a la convención que celebraron las partes.

5. De lo analizado emerge que el ad quem no incurrió en los yerros enrostrados, circunstancia que conlleva a la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y al señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 ibídem, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación”.

Por las razones expuestas, consideramos con todo respecto que incurrió en un error la Contraloría cuando a pesar de aceptar que el hecho generador del detrimento patrimonial fue la etapa precontractual (planeación) y suscripción del contrato de adecuación el 24 de diciembre de 2014, fecha

anterior a la entrada en vigencia de la póliza, llegó a la conclusión que existe responsabilidad de las aseguradoras, pues como se dijo ningún argumento jurídico que permita derribar lo expuesto a lo largo del proceso de responsabilidad fiscal se planetó en el fallo con responsabilidad fiscal, brillando por su ausencia, la debida motivación que debe soportar las decisiones que se profieran dentro del juicio fiscal.

2. AUSENCIA DE COBERTURA DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:

Otro de los argumentos expuestos a lo largo del proceso de responsabilidad por todos los apoderados de la Compañías aseguradoras, es que de acuerdo con lo establecido en la Ley, las pólizas que motivaron la vinculación correspondían con pólizas de las denominadas “riesgos nombradas”, lo que implican que sólo cubren los riesgos expresamente indicados en las condiciones particulares y generales de la póliza, sin que los hecho que dieron lugar al presente proceso de responsabilidad fiscal lo estén dentro de los taxativamente enlistados, no obstante frente al mismo también con una argumentación que no desarrolla ningún precepto jurídico y jurisprudencial se despachó de forma desfavorable el argumento indicando lo siguiente:

*“En cuanto al argumento esgrimido por la apoderada de QBE que se trata de una controversia contractual la cual debe ser resuelta con base en lo pactado en el contrato y en la ley, por cuanto los incumplimientos contractuales no están cubierto en las pólizas de manejo; **es menester aclararle que efectivamente frente a esta hipótesis el efecto adverso del incumplimiento, se mitiga haciendo efectivas las pólizas de cumplimiento y demás, sin embargo, los hechos cuestionados surgen por la competencia que tiene la contraloría de vigilar la gestión fiscal de la administración, en desarrollo de la cual se investigó y se probó el acaecimiento un daño patrimonial ocasionado en el marco del contrato No. 078 BASPC8-2014 tantas veces aludido, por la gestión fiscal irregular de dos funcionarios amparados y asegurados por las pólizas de manejo Nos. 000706237137 y 000705407955, derivada de un comportamiento calificado a título de culpa grave** (Negrilla y subraya fuera de texto)”.*

No obstante con el objeto de recoger los argumentos expuestos en los descargos y los alegatos, y que se pueda verificar que lo expuesto por la Contraloría en el párrafo precedente no resuelve ninguno de los planteamientos jurídicos efectuados y permitir mediante el presente recurso que los mismos sean analizados como corresponde por el cuerpo colegiado, me permito reproducirlos a continuación.

Es de aclarar que es posible que el cuerpo colegiado no haya realizado un pronunciamiento de fondo y motivado sobre estos argumentos expuestos oportunamente por la suscrita en la AUDIENCIA DE DECISIÓN - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN surtida el 28 de enero de 2019, por cuanto al parecer por un error no se revisó exhaustivamente lo expuesto, pues según en el fallo se indica, contrario a la realidad lo cual se puede verificar en los videos, lo siguiente:

“ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA DRA. CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ APODERADA DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS QBE SEGUROS S.A.:

En sus alegatos de conclusión se reafirma en los mismos argumentos de los descargos”.
(Subraya fuera de texto original)

Uno de los argumentos expuestos en la audiencia del 28 de enero de 2019 fue el siguiente:

“De acuerdo con lo establecido en el amparo básico de las pólizas denominadas de “Manejo para Entidades Oficiales” No. 000705407955 y 000706237137, los riesgos cubiertos son única y exclusivamente aquellos que impliquen menoscabo de los fondos y bienes nacionales del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y SUS UNIDADES EJECUTORAS (Direcciones, Divisiones o Batallones según sea el caso), causados por acciones u omisiones de sus empleados que incurran en los delitos contra la Administración Pública, lo cual como se indicó anteriormente no ha ocurrido, pues si algún juicio de reproche se puede hacer frente a la ejecución del contrato suscrito con RIMARCOS, el mismo no le es atribuible o imputable a los “empleados” del asegurado, por lo que la póliza carece de cobertura por no estar dados los presupuestos fijados en la misma, ya que RIMARCOS es una persona jurídica de derecho privado constituida como una sociedad por acciones simplicada (SAS), con autonomía e independencia del asegurado (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y SUS UNIDADES EJECUTORAS), no siendo la responsabilidad de ese tipo de personas la amparada en la póliza.

En las condiciones Generales de la póliza, se lee lo siguiente:

“POLIZA MATRIZ GLOBAL DE MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES

(...)

CONDICION SEGUNDA – EXCLUSIONES:

ESTA PÓLIZA NO CUBRE LAS PÉRDIDAS PROVENIENTES DE CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS:

B. MERMAS, DIFERENCIAS DE INVENTARIOS Y DESAPARICIONES O PÉRDIDAS QUE NO PUEDAN SER IMPUTABLES A UN SERVIDOR PÚBLICO DETERMINADO”.

Ya que como se expuso a lo largo del proceso de responsabilidad fiscal, dicha póliza excluye expresamente las pérdidas que no puedan ser imputables a un funcionario específico, y como quedó establecido en el Auto de Imputación, y como consta en las pruebas obrantes en el expediente, hasta el momento no ha sido posible establecer quien o quienes fueron los responsables directos del eventual incumplimiento de las obligaciones le es imputable al contratista RIMARCOS pero no a los funcionarios del batallón, razón por la cual estamos frente a un evento expresamente excluido de la cobertura, de acuerdo con la exclusión contenida en el literal B de la condición segunda de la póliza, que a la letra dice:

Si bien la póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 000705407955, cuenta con un amparo denominado “empleados no identificados”, esta se refiere a los eventos en los que no se conoce el responsable específicamente, pero de las pruebas se puede establecer que sin duda alguna fue causada por uno o más empleados del asegurado, lo cual no ocurre en este caso, toda vez

A B C *que ninguno de los presuntos responsables esta siquiera siendo investigado por el delito de hurto de la volqueta en mención:*

“Pérdidas causadas por empleados no identificados:

Si puede inferirse que una pérdida indemnizable ha sido causada por uno o mas de los empleados, y el asegurado no puede señalar específicamente al empleado (s) que la haya (n) causado, el asegurado tendrá derecho al pago de la indemnización siempre y cuando las pruebas que presente establezcan que la pérdida fue causada por uno o más de los citados empleados, limite básico hasta el 100%”

De hecho en un caso muy similar que fue analizado por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, sentencia proferida 15 de agosto de 2013, dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por La Previsora S.A. en contra de la Contraloría Departamental del Meta Radicación número: 50001-23-31-000-2003-00085-02, indicó lo siguiente, la cual por su relevancia nos permitimos citar en extenso:

“ (...)

Así pues, el contrato de seguro es la relación que debe estudiarse, toda vez que La Previsora S.A. no fue vinculada en calidad de Responsable Fiscal, sino más bien de Responsable Civil, en virtud del otorgamiento de la Póliza N° 1 0442389.

Entonces, como quiera que el contrato es ley para las partes, son los amparos, las definiciones, los valores asegurados y la vigencia de la Póliza de Manejo Global Comercial 1 0442389, los parámetros básicos que el juzgador ha de verificar con el objeto de conocer si la omisión de suscribir un seguro de sustracción tiene el alcance de afectar esta garantía de manejo.

Así las cosas, es preciso hacer referencia a la póliza de seguro de Manejo Global Comercial 1 0442389, vista a folios 69 a 71 y 180 del Cuaderno del Tribunal, la cual presenta la siguiente cobertura y exclusiones:

COBERTURA: *“Ampara contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus Empleados en el ejercicio de los cargos amparados, por actos que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad fiscal.*

El amparo se extiende a reconocer el valor de la rendición y reconstrucción de cuentas que se debe llevar a cabo en los casos de abandono del cargo o fallecimiento del Empleado.

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”.*

Para dilucidar esta problemática, es necesario definir el Seguro de Manejo, desarrollado en el Artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), así:

“ARTICULO 203. SEGURO DE MANEJO O DE CUMPLIMIENTO.

1. *Objeto del seguro. Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.*
2. *Destinatarios del seguro. Los empleados nacionales de manejo, los de igual carácter que presten sus servicios a entidades o instituciones en que tenga interés la Nación, así como los que deban responder de la administración o custodia de bienes de la misma; los albaceas, guardadores, fideicomisarios, síndicos, y, en general, los que por disposición de la ley tengan a su cargo la administración de bienes ajenos con obligación de prestar caución, garantizarán su manejo por medio del seguro de que trata el presente artículo.*

Las Asambleas Departamentales, y los Concejos Municipales podrán disponer que los empleados que administren, manejen o custodien bienes de las respectivas entidades constituyan sus garantías por medio del seguro a que este estatuto se refiere” (Subrayado ajeno al texto)

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto N° 2002019456-1 del 12 de noviembre de 2002, define la concepción de la garantía de Manejo, en los siguientes términos:

“El seguro de manejo tiene como objeto amparar al asegurado contra las pérdidas causadas por sus empleados con ocasión de la comisión de las conductas tipificadas en nuestro ordenamiento penal bajo los delitos de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, que se registren durante la vigencia de la póliza o que sean descubiertas en el transcurso de ésta, evento último que puede ser objeto de estipulación contractual de conformidad con el artículo 4° de la Ley 389 de 1997” (Subrayado ajeno al texto)

Cabe anotar que esta descripción involucra una pérdida al asegurado, por la comisión de conductas tipificadas en el ordenamiento penal que sean perpetradas por el servidor público o funcionario.

Una vez transcritas estas definiciones, se tiene que a través de la póliza de Manejo la entidad beneficiaria (Instituto de Cultura del Meta), se precave del menoscabo de fondos y bienes causados por sus empleados y no por terceras personas, (por actos que se tipifiquen como delitos contra la Administración Pública o fallos con responsabilidad Fiscal), puesto a que dicho evento es diferente al objeto y definición del amparo de manejo.

Es importante precisar que éste tipo de seguros (el de Manejo), pertenecen en su definición a los llamados “de riesgos nombrados”, definidos en el artículo 1056 del Código de Comercio así:

“Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.

Quiere decir lo anterior, que la Previsora S.A. solo se obliga a indemnizar, aquellos siniestros que están descritos y circunscritos a los riesgos contenidos en el contrato de seguro.

Puestas las cosas así de presente, se debe tener en cuenta que tanto el acápite de “coberturas”, como el de “exclusiones” contenidas en la póliza en cuestión, delimitaron la responsabilidad a cargo de la sociedad actora, al punto de indicar

que aquella aseguradora no asumía el riesgo determinado como el menoscabo patrimonial consecuencia de: “Mermas, diferencias de inventarios, desapariciones o pérdidas no imputables al Empleado”

Entonces, como quiera que los hechos al parecer fueron perpetrados por terceras personas y no por la Doctora Marina Laverde de Franco, la omisión de suscribir un contrato de seguro de sustracción que amparara el hurto de diferentes elementos, no tiene la fuerza vinculante para dar una interpretación y cobertura diferente a la garantía de Manejo N° 1 0442389 otorgada por La Previsora S.A.

Cabe denotar que al no estar descritos en la garantía estos hechos, la Aseguradora en cuestión nunca devengó prima garantizando tales riesgos y, por tanto, no obtuvo provecho que le obligara a cubrir el menoscabo patrimonial pretendido por la Contraloría Departamental del Meta.

Lo expuesto lleva a concluir, que la negligencia de un servidor público en adquirir un seguro de sustracción, puede ser objeto de reproche para aquel, sin embargo, el menoscabo por un hurto atribuible a un seguro patrimonial de daños denominado comercialmente de sustracción, no es el objeto ni la cobertura de la póliza de Manejo Global Comercial aquí estudiada y, por tanto, La Previsora S.A. no debe ser responsable civilmente por unos hechos u omisiones con base en la póliza de Manejo N° 1 0442389 otorgada por ésta, que no ampara eventos de sustracción cometidas presuntamente por terceras personas.

En otras palabras, la omisión por parte de la empleada responsable fiscalmente, de suscribir un seguro de sustracción para cubrir el delito de hurto, no hace parte de los amparos que ofrece el contrato de seguro en comento, de allí que a juicio de la Sala, no existe responsabilidad por parte de la sociedad actora.

Lo anterior, por cuanto las acciones derivadas del contrato de seguros pueden coexistir con otras acciones, siempre y cuando provengan de hechos que se encajen en ese contrato, y como tales constituyen acciones separadas e independientes unas de otras, de modo que operan bajo sus propios supuestos normativos y con sus específicas consecuencias.

Así las cosas, una es la acción de responsabilidad fiscal, que tiene como objeto los alcances fiscales o detrimentos patrimoniales que puedan surgir de la gestión fiscal, y otra es la acción derivada de un contrato de seguros, cuyo objeto es hacer efectivo el amparo dado mediante el mismo⁷. Por lo tanto, se reitera, que el hecho de omisión de contratar un seguro de sustracción, por parte de la funcionaria **MARINA LAVERDE DE FRANCO**, no está comprendido dentro de los límites de responsabilidad civil de la compañía de seguros demandante, por no ser un riesgo asegurable.

De manera que los actos administrativos acusados, se encuentran viciados de nulidad, por ser contrarios a las normas constitucionales y legales señaladas por la parte actora y, en especial, aquellas que regulan el contrato de seguro (Código de Comercio) y los procesos de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000)". (Negrilla y subraya fuera de texto original)

Ahora bien, en las condiciones de la póliza de indica:

*Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos y bienes nacionales del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y SUS UNIDADES EJECUTORAS (Direcciones, Divisiones o Batallones según sea el caso), causados por acciones u omisiones de sus empleados que incurran en los delitos contra la Administración Pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, **incluyendo el costo de la rendición de cuentas en casos de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario, y/o contratistas (Contratados directamente o por terceras personas) y/o funcionarios de firmas especializadas siempre y cuando el hecho sea imputable a uno o varios de ellos determinados.** Este seguro operará por ocurrencia.*

Por lo tanto, sin asomo de duda se puede concluir que de acuerdo con las normas que regulan el contrato de seguro y del texto contractual aplicable a la póliza, el cual es Ley para las partes, al no contener expresamente las condiciones generales que fueron aportadas al proceso, la cobertura frente a los detrimentos que pudiera sufrir la administración por los incumplimientos contractuales, debe concluirse que los mismo no están cubiertos y no le atañe ninguna responsabilidad a QBE SEGUROS S.A. ni a las coaseguradoras".

Razón por la cual solicito respetuosamente sean tenidos en cuenta los argumentos expuestos y se realice un pronunciamiento de fondo frente a los mismos, y que de acuerdo con lo planteado se revoque el fallo recurrido por tratarse de riesgos no amparados expresamente en la póliza.

SOLICITUD

Solicito respetuosamente se reponga para revocar el fallo con responsabilidad fiscal proferido el 25 de febrero de 2019 en lo que respecta a mi representada QBE SEGUROS S.A. y en su lugar se profiera el que en derecho corresponda.

De forma subsidiaria solicito:

1. Se realice un pronunciamiento de fondo sobre los argumentos expuestos por la suscrita en los descargos y alegatos, los cuales fueron presentados en la oportunidad procesal respectiva.

2. En caso que se decida mantener la decisión, deberá entonces modificarse el fallo y ordenarse la demolición de las instalaciones de las oficinas del CENAC Armenia del BATALLÓN DE APOYO Y SERVICIO PARA EL COMBATE No. 8 «CACIQUE CALARCÁ avaluadas en \$541.803.439,19, para evitar así un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad supuestamente afectada; o en su defecto que se le ordene a dicha entidad la devolución a quienes realicen el pago del fallo con responsabilidad fiscal en la misma proporción, de los saldos resultantes de los valores a los que ascienda la adecuación de las instalaciones en su estado actual al Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10 versus lo pagado con ocasión de este fallo.

NOTIFICACIONES

Estaré presta a recibir comunicaciones en la Secretaría del Juzgado o en la Cra. 13 No. 13-40 Centro Empresarial Uniplex oficina 308 en la ciudad de Pereira, Tel. 310-4975229. Correo electrónico: carolina.gomez@gomezgonzalezabogados.com.co.

Atentamente,



CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ

C.C. 1.088.243.926 de Pereira, Risaralda.

T.P. 189.527 Consejo Superior de la Judicatura.