

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI

secretariacomun@contraloriacali.gov.co

respo_fiscal@contraloriacali.gov.co

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF N°1600.20.10.19.1344
ENTIDAD AFECTADA: DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI -
SECRETARIA DE MOVILIDAD
VINCULADOS: OMAR DE JESÚS CANTILLO PERDOMO Y
OTROS
TERCERO VINCULADO: ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTROS

ASUNTO: DESCARGOS FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN No. 1600.20.10.24.044
DEL 14 DE MARZO DE 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT 860.026.182-5, sometida al control y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera, tal y como se evidencia en los certificados de existencia y representación legal que se adjuntan, donde consta el poder general a mi conferido a través de escritura pública No. 5107 otorgada en la Notaría 29 de Bogotá, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN** por medio del cual se llamó a responder a mi representada en virtud de las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales No. 1501215001153 y No. 1501216001939, solicitando desde ya que sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación, en atención a que las pólizas no gozan de ningún tipo de cobertura temporal dada la modalidad Claims Made con la que fueron suscritas. 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 en la evaluación del Contrato Interadministrativo y el acta de apoyo entre la Secretaría de Movilidad y el CDAV LTDA, en atención a que la Contraloría señaló que mediante el aplicativo QX Registro de Tránsito para la vigencia de 2017, se evidenció la exoneración por prescripción de cinco mil trescientos veinticinco comparendos (5.325) por valor de \$3.810.793.095. Se aclara que, posteriormente, mediante el auto de imputación y dada la caducidad de la acción fiscal que recae sobre varios de los años señalados en los hechos, se tomaron solo aquellos que correspondieron a los cinco años

previos a la emisión el auto de apertura el 14 de febrero de 2019, por lo que el detrimento disminuyó a la suma de \$943.922.819 y comprende valores entre la vigencia 2011 al 2014, para un total de 2814 comparendos.

En este sentido, por medio del auto de apertura N°1600.20.10.19.11 del 14 de febrero de 2019, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial de **TRES MIL OCHOCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$3.810.793.059)**, vinculando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- ✓ **OMAR DE JESÚS CANTILLO PERDOMO** en calidad de secretario de movilidad para la fecha de los hechos.
- ✓ **ALBERTO HADAD LEMOS** en calidad de secretario de movilidad para la fecha de los hechos.
- ✓ **NELSON RINCÓN LAVERDE** en calidad de secretario de movilidad para la fecha de los hechos.
- ✓ **JUAN CARLOS OROBIO QUIÑONEZ** en calidad de secretario de movilidad para la fecha de los hechos.
- ✓ **JOSÉ NICOLÁS URDINOLA CALERO** en calidad de gerente del centro de diagnóstico automotor del Valle Ltda CDAV para la fecha de los hechos.
- ✓ **NATALIA OCAMPO FRANCO** en calidad de gerente del centro de diagnóstico automotor del Valle Ltda CDAV para la fecha de los hechos.
- ✓ **JAIME CÁRDENAS TOBÓN** en calidad de gerente del centro de diagnóstico automotor del Valle Ltda CDAV para la fecha de los hechos.
- ✓ **CARLOS ALBERTO SANTACOLOMA HOYOS** en calidad de gerente del centro de diagnóstico automotor del Valle Ltda CDAV para la fecha de los hechos.

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. Lo que resultó en el auto de imputación y archivo N°1600.20.10.24.044 del 14 de marzo de 2024, que resolvió archivar las diligencias respecto de CARLOS ALBERTO SANTACOLOMA HOYOS, JOSE NICOLAS URDINOLA CALERO, NATALIA OCAMPO FRANCO y JAIME CARDENAS TOBON.

Vinculación de ALLIANZ SEGUROS S.A., en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153 y N°1501216001939, cuyas vigencias fueron desde el 16 de noviembre de 2015 al 16 de marzo de 2016 y el 16 de diciembre de

2016 al 31 de diciembre de 2017, respectivamente, pactadas en la modalidad Claims Made, siendo tomador, asegurado y beneficiario el Municipio de Santiago de Cali, pólizas dentro de las cuales se fijó como amparo, entre otros, delitos contra la administración pública.

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 dichas pólizas de seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura temporal en el caso concreto: (i) las pólizas objeto de vinculación fueron pactadas en la modalidad Claims Made y por ende tanto la ocurrencia de los hechos debía darse dentro del periodo de vigencia o la retroactividad pactada, así como la primera reclamación al asegurador o asegurado debía estar inmersa en aquellas vigencias, sin embargo, la reclamación y, por consecuencia, el siniestro se realizó por fuera de la vigencia pactada, y (ii) operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a la luz de lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Lo anterior, dado que los hechos objeto de la presente acción fiscal, catalogados como de tracto sucesivo, acaecieron el **14 de febrero de 2014**, de conformidad con lo establecido por el ente de control, y las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153 y N°1501216001939, tuvieron una vigencia desde el **16 de diciembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017** y desde el **16 de noviembre de 2015 al 16 de marzo de 2016** respectivamente, es decir, la primera reclamación (auto de apertura) fue proferido el **19 de febrero de 2019**, es decir, fuera de las coberturas pactadas, lo que conlleva a la ausencia total de cobertura temporal de las pólizas, finalmente para el caso en concreto se advierte la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a la luz de lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. 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, 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 A LA VINCULACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

Antes de abordar las razones fundamentales que respaldan la solicitud de desvinculación de mi representada como tercero civilmente responsable por parte de la Contraloría, es necesario subrayar que las pólizas que motivaron su llamado como garante coasegurador carecen por completo de cobertura temporal para los hechos objeto de controversia, en atención a que, en primer lugar, aquellos ocurrieron previo a la entrada en vigencia de la póliza, y en segundo lugar, la primera reclamación fue con posterioridad, por lo que no se cumplió con uno de los requisitos esenciales de la modalidad Claims Made, y, sumado a lo

anterior operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a la luz de lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, contradiciendo de manera evidente lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual establece:

“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 seguro correspondiente. Por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

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

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

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

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

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

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

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

- Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, **su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros**.*
- Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.*
- De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación como garante de una compañía aseguradora se da, ya sea porque el*

presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso se encuentra amparado por una póliza.

(...)

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

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

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

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

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

(...)

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar

*a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.*¹¹¹ (...) (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 la póliza invocada 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.

Por lo anterior, es evidente que el ente de control no realizó un análisis exhaustivo frente a la vigencia pactada, ello, en razón a que vinculó dos pólizas que fueron expedidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de la acción fiscal, con una modalidad que exige que los hechos sean reclamados en su vigencia y, además, no tomó en consideración que había operado la prescripción establecida en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. Se exalta que, si el análisis hubiese sido riguroso, el ente de control se hubiera percatado que no existe cobertura temporal, pues recordemos que el juicio de reproche, como lo señaló el auto de imputación, corresponde a situaciones acaecidas el 14 de febrero de 2014, es decir, antes de que entraran en vigor las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153 y N°1501216001939, cuyas vigencias fueron desde el 16 de diciembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017 y desde el 16 de noviembre de 2015 al 16 de marzo de 2016 respectivamente. Además, la primera reclamación, es decir, el auto de apertura se profirió hasta el 14 de febrero de 2019, fuera de la vigencia pactada en aquellas, lo que denota por completo la ausencia de unos de los requisitos esenciales de cobertura de la modalidad Claims Made, el cual consiste en que la primera reclamación sea presentada dentro de la vigencia pactada.

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

Frente a la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153:

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

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el auto de imputación, transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153. Lo anterior, considerando que los hechos de tracto sucesivo tuvieron como fecha final de ocurrencia el 14 de febrero de 2014, fecha en la cual prescribieron los últimos comparendos objeto de reproche, y hasta el 14 de marzo de 2024, esto es, diez (10) años y un (01) mes después de que ocurrieran los hechos, se profirió auto de imputación y se mantuvo como tercero civilmente responsable a mi representada. Aquí, vale la pena aclarar, que, si se contabilizara desde que el ente de control tuvo conocimiento de los hechos con el traslado del hallazgo el 08 de enero de 2019, también se evidencia que ha prescrito dicho término, al transcurrir cinco (05) años y dos (2) meses para proferirse imputación, sin que exista fallo alguno que dirima la situación.

Sumado a lo anterior, es importante destacar que desde la ocurrencia de los hechos 14 de febrero de 2014, hasta que se vinculó a mí representada notificando el auto de apertura, 22 de febrero de 2019, transcurrieron cinco (05) años y ocho (08) días. Ello, en consideración a que el siniestro se define como la reclamación que se presenta ante la aseguradora.

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

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado***

supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar¹.

En otra oportunidad, se señaló:

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

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

Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**².

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento de estos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora. Fallo que en el presente proceso aún no se ha proferido, y en caso de que se decida fallar con responsabilidad, declarando como tercero civilmente responsable a mí representada, es claro que ya operó la prescripción con creces.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron con la prescripción de los comparendos tomados 5 años antes de proferirse el auto de apertura esto es, el 14 de febrero de 2014, por ende, es esta última fecha la que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 14 de marzo 2024, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 01 mes desde la ocurrencia del último hecho catalogado como de tracto sucesivo, y cinco (05) años y dos (2) meses desde que tuvo conocimiento de los hechos mediante el traslado del hallazgo, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Aclaro, a la fecha no se ha proferido fallo debidamente ejecutoriado que dirima la presente controversia y, en este sentido, declare la ocurrencia del siniestro, lo que evidencia la configuración del término de prescripción extintiva.

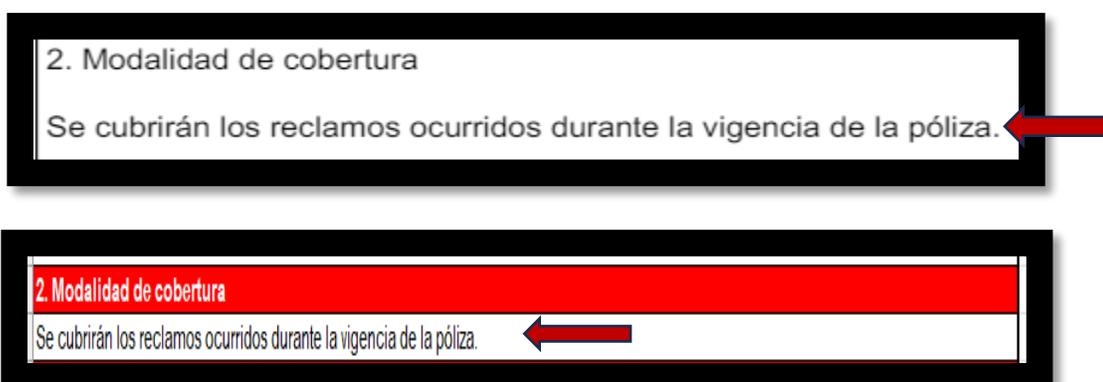
Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 05 años, así como desde que el ente de control tuvo conocimiento de los hechos hasta que expidió la imputación, sin que exista un fallo que resuelva aquella acción, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó ALLIANZ SEGUROS S.A., a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

B. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES N°1501215001153.

Es esencial destacar que la póliza N°1501215001153 se estableció bajo la modalidad "Claims Made", la cual imponía dos condiciones para proporcionar cobertura temporal respecto a los hechos objeto de investigación. Primero, se requería que dichos eventos ocurrieran durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad acordado (si se hubiere pactado). Segundo, la primera reclamación al asegurador o al asegurado debía efectuarse durante la vigencia de la póliza, no obstante, se evidencia que los hechos en cuestión tuvieron lugar el 14 de febrero de 2014, es decir, fuera del periodo de cobertura acordado. Además, la primera reclamación se realizó el 14 de febrero de 2019 con la expedición del auto de apertura que vinculó a mí representada en calidad de tercero civilmente responsable, lo que confirma la carencia de cobertura temporal en este caso. Al respecto es preciso traer a colación lo dispuesto tanto en el condicionado general como en el particular de la póliza en mención:



Sumado a lo anterior, dentro de la póliza se definió siniestro en los siguientes términos:

“Reclamación directa. Se entiende causado el siniestro: cuando se trate de pérdidas ocasionadas por delitos contra la administración pública o en alcances que se liquiden en juicios de cuentas, por incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del asegurado, en el momento mismo en que la Entidad asegurada por sí o por medio de sus agentes, notifique al asegurador que contra el empleado cuyo cargo se ampara cursa una acción penal. Si después de pagado el siniestro el empleado fuere exonerado de responsabilidad penal, el asegurador tendrá derecho a que el asegurado le reintegre el valor de la indemnización recibida, en la proporción que cobije la exoneración”.

Por lo anterior, es preciso señalar que, la modalidad de seguro Claims Made fue introducida a nuestro ordenamiento jurídico por medio del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en virtud

del cual se permitió la expedición de pólizas cuya cobertura estuviere determinada por la fecha de la reclamación del beneficiario del seguro:

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

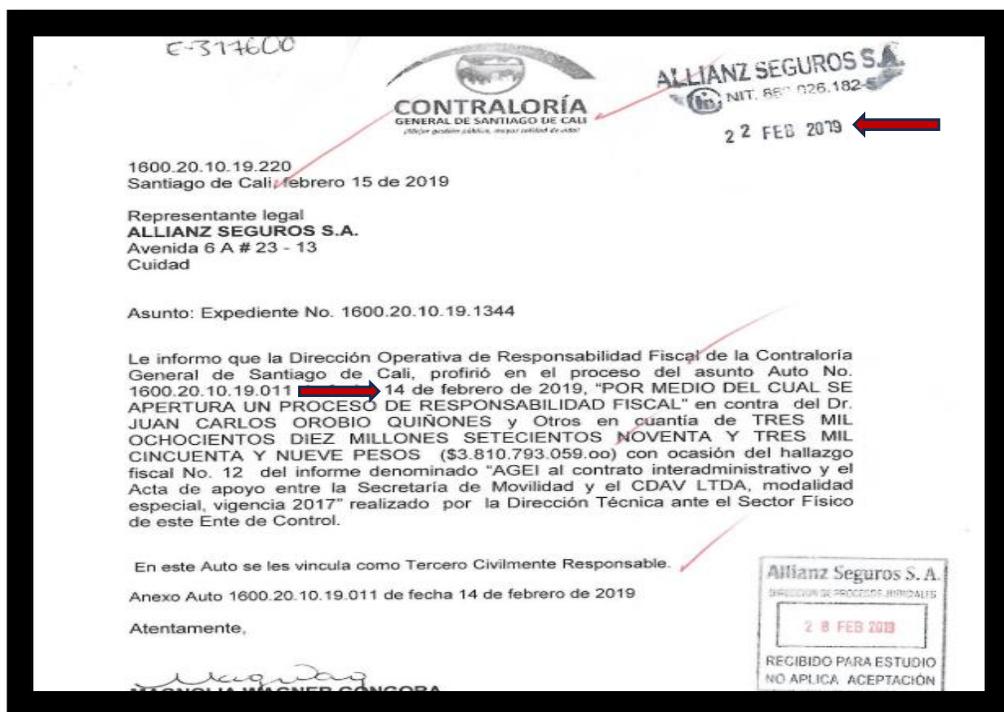
Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años:

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

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

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

Por lo anterior, se advierte que la primera reclamación a mí representada se formuló con el auto de apertura, el cual fue proferido el 14 de febrero de 2019 y notificado el 22 de febrero de 2019, tal y como se evidencia en el siguiente aparte:



Resulta entonces, que al haberse pactado dentro de las condiciones de amparo, que la reclamación fuera presentada dentro del periodo de vigencia señalado en la carátula de la póliza, se concluye que no puede hacerse efectivo el seguro al determinarse que el juicio fiscal y la vinculación de ALLIANZ SEGUROS S.A., como tercero civilmente responsable en calidad de coasegurador de la Póliza 1501215001153, se realizó fuera de la vigencia pactada, la cual, recordemos, se estableció desde el 16 de diciembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017.

Así entonces, emerge con absoluta claridad que la fecha en que se presentó el siniestro de acuerdo a la modalidad de cobertura (reclamación a la aseguradora dentro del periodo de vigencia de cobertura), ocurrió fuera del momento definido en las condiciones del seguro, ya que la notificación del auto de apertura que involucró a la póliza de seguro en comento se dio hasta el **22 de febrero de 2019**, es decir, no se presentó dentro de la vigencia de la póliza que comprendió entre el **16 de diciembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017**. De manera tal, que al no ocurrir la notificación dentro de las fechas indicadas no existe cobertura temporal y no surge obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ALLIANZ SEGUROS S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 1600.20.10.19.1344.

C. INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZAS DE MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES N°1501215001153.

Es preciso indicar que, en la presente acción, no se materializó el riesgo asegurado, toda vez que, en primer lugar, el presunto detrimento se originó previo a la entrada en vigencia de la póliza, y en segundo, aunque se está discutiendo el presunto detrimento derivado de la prescripción de una serie de comparendos, que ocurrieron desde el año 2011 hasta el año 2014, dicha situación no derivó de una conducta dolosa o gravemente culposa de los presuntos responsables, puesto que en ningún momento se evidenció el incumplimiento por parte de los funcionarios vinculados, incluso, las versiones libres de los señores Omar Jesús Cantillo Perdomo y Alberto Hadad Lemos, dan cuenta de la correcta gestión que realizaron tales como: realización de llamadas, remisión de cartas conminando al infractor al pago de la obligación, emisión de mandamiento de pago, entre otra serie de gestiones que denotaban el cabal cumplimiento de funciones. También es preciso señalar que, los hechos se catalogaron sucesivos, ocurriendo el último en el año 2014, lo que no concuerda con los periodos en los cuales los imputados ejercieron sus cargos como secretarios de movilidad, situación que evidentemente denota la ausencia de una conducta dolosa o culposa en cabeza de los imputados que conllevara a un detrimento patrimonial.

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

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)³

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

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

[...]

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

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**

³ 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

los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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



En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 14 de febrero de 2014, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, sumado a que no se acreditó una conducta dolosa o culposa en cabeza de los imputados, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y, por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No 1600.20.10.19.1344.

D. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO Y LA CULPA GRAVE COMPORTAN UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis relacionado con los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal, en la que es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los señores OMAR DE JESÚS CANTILLO, ALBERTO

HADAD LEMOS, NELSON RINCÓN LAVERDE JUAN CARLOS OROBIO QUIÑONEZ la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

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 podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153, por cuanto dicho riesgo no es asegurable. 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 identificado con el expediente No. PRF N°1600.20.10.19.1344, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

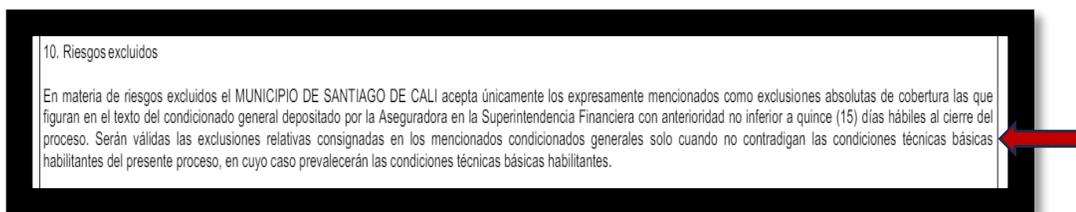
E. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°1501215001153.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de

responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el honorable despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables si fue en efecto doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que en la presente póliza se pactaron exclusiones que deberán ser tomadas en consideración, aunque como ya se resaltó es imposible afectar las pólizas en comento, por cuanto es evidente la ausencia de cobertura temporal, al respecto vale la pena señalar lo pactado en la póliza con relación a las exclusiones:



De manera que, esta debe ser considerada por la Contraloría al momento pronunciar fallo, pues es claro que se configura la exclusión pactada y por ende mí prohijada se releva a la aseguradora de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización. Puesto que así quedó expresamente pactado en la póliza y, en consecuencia, deberá exonerarse de toda obligación a mi representada.

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 y tomando en consideración que el 23,00% (\$161.000.000), se encuentra agotado en su totalidad con motivo al pago de remesas realizados a la coaseguradora líder.

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”⁴ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

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

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO		DEDUCIBLE
Infidelidad de Empleados	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Delitos Contra la Administración Pública	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Pérdida empleados no identificados	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		5 % PERD Min 4 (SMMLV)
Empleados Temporales y/o Firma Especializada	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		6% PERD Min 4 (SMMLV)

Observaciones:
LAS PARTES ACUERDAN QUE EL TOMADOR PAGARA LA PRIMA DE LA PRESENTE POLIZA, A MAS TARDAR DENTRO DEL MES SIGUIENTE CONTADO A PARTIR DE LA INICIACION DE LA VIGENCIA DE LA MISMA. LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA, PRODUCIRA LA TERMINACION DE LA POLIZA Y DARA DERECHO A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. A EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS POR LA EXPEDICION DEL CONTRATO Y SUS CERTIFICADOS Y ANEXOS.

Aplica el Condicionado General Código: 010412-1326-P-13-00000VTE261ABR/12

TOTAL PRIMA NETA PESOS COLOMBIANOS	GASTOS DE EXPEDICION PESOS COLOMBIANOS	SUBTOTAL EN PESOS COLOMBIANOS	VALOR IMPUESTO A LAS VENTAS PESOS COLOMBIANOS	TOTAL A PAGAR EN PESOS COLOMBIANOS
\$ 195.846.575,00	\$ 0,00	\$ 195.846.575,00	\$ 37.210.849,00	\$ 233.057.425,00

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS				
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-S	FIRMA
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	\$ 45.044.712,25	
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%	\$ 41.127.780,75	
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	\$ 66.587.835,50	
QBE	CEDIDO	22,00%	\$ 43.086.246,50	

Documento: Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene 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, máxime, debido a que respecto al coaseguro de ALLIANZ SEGUROS S.A. se agotó la suma disponible asegurada.

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

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable despacho considere que la aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que en el contrato de seguro se pactó un deducible del 6% de la pérdida, mínimo cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes, de la siguiente manera:

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE	
Infielidad de Empleados	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Delitos Contra la Administración Pública	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Pérdida empleados no identificados	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00	5 % PERD Min 4 (SMMLV)
Empleados Temporales y/o Firma Especializada	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00	6% PERD Min 4 (SMMLV)

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”⁵. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del 6% de la pérdida, mínimo 4 SMMLV.

H. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

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

Por lo que, para el caso en concreto, se advierte agotamiento de la suma disponible asegurado en atención al pago de remesa realizado a la coaseguradora líder, el cual corresponde a \$14.976.643, respecto de la póliza N°1501215001153, restando un valor asegurado de \$146.023.357.

I. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD:

La póliza de manejo global entidades estatales No. 1501215001153, conforme con las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mí representada, distribuyó los riesgos entre las compañías coaseguradoras, de la siguiente manera:

⁵ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS				
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-S	FIRMA
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	\$ 6.113.589,06	
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%	\$ 5.581.972,62	
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	\$ 9.037.479,48	
QBE	CEDIDO	22,00%	\$ 5.847.780,84	

Colofón que las responsabilidades de las aseguradoras, respecto del asegurado o beneficiario, son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y el incumplimiento hipotético que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades del otro.

Esto quiere decir que, por ejemplo, cualquiera de las aseguradoras incumpliera con la obligación condicional del pago o la indemnización – una vez fuera exigible- esto no querrá decir que el Municipio de Santiago de Cali, ni menos la contraloría podrán ir en busca de la satisfacción de ese crédito a por ALLIANZ SEGUROS S.A.

“La Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de 27 de noviembre de 2002, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, expuso a propósito del ejercicio de una acción subrogatoria por parte de una aseguradora participante en un coaseguro de una póliza de transportes, lo siguiente: “...para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que “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” (negritas por fuera del texto original). “En consecuencia, y como además se conoce del caso en grado jurisdiccional de consulta, no es procedente reconocer a la actora el total de la indemnización pagada al asegurado sino el valor en el que concurrió como Coaseguradora...”.

En síntesis, existiendo un coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras mencionadas está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas.

Frente a la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501216001939:

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

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el auto de imputación, transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501216001939. Lo anterior, considerando que los hechos de tracto sucesivo tuvieron como fecha final de ocurrencia el 14 de febrero de 2014, fecha en la cual prescribieron los últimos comparendos objeto de reproche, y hasta el 14 de marzo de 2024, esto es, diez (10) años y un (01) mes después de que ocurrieran los hechos, se profirió auto de imputación y se mantuvo como tercero civilmente responsable a mi representada. Aquí, vale la pena aclarar, que, si se contabilizara desde que el ente de control tuvo conocimiento de los hechos con el traslado del hallazgo el 08 de enero de 2019, también se evidencia que ha prescrito dicho término, al transcurrir cinco (05) años y dos (2) meses para proferirse imputación, sin que exista fallo alguno que dirima la situación.

Sumado a lo anterior, es importante destacar que desde la ocurrencia de los hechos 14 de febrero de 2014, hasta que se vinculó a mí representada notificando el auto de apertura, 22 de febrero de 2019, transcurrieron cinco (05) años y ocho (08) días. Ello, en consideración a que el siniestro se define como la reclamación que se presenta ante la aseguradora. Adicional a lo anterior, debe considerarse que el Consejo de Estado ha mantenido una sólida y pacífica jurisprudencia con respecto a los extremos temporales en que se debe contabilizar el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, tratándose de la responsabilidad fiscal. Así las cosas, dicho término se cuenta a partir de la ocurrencia de los hechos y/o el conocimiento de estos por parte del ente de control fiscal, hasta que se profiera fallo ejecutoriado de responsabilidad fiscal, tal y como se indicó en los siguientes términos:

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) **atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto**; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de*

responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”⁶.

En otra oportunidad, se señaló:

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

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

*Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, **como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación**”⁷.*

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento de estos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora. Fallo que en el presente proceso aún no se ha proferido, y en caso de que se decida fallar con responsabilidad, declarando como tercero civilmente responsable a mí representada, es claro que ya operó la prescripción con creces.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron con la prescripción de los comparendos tomados 5 años antes de proferirse el auto de apertura esto es, el 14 de febrero de 2014, por ende, es la ocurrencia el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el auto de imputación, dado que aún no existe fallo con o sin responsabilidad fiscal, el cual se expidió hasta el 14 de marzo 2024, es decir, habiendo transcurrido diez (10) años y 01 mes desde la ocurrencia del último hecho catalogado como de tracto sucesivo, y cinco (05) años y dos (2) meses desde que tuvo conocimiento de los hechos mediante el traslado del hallazgo, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Aclaro, a la fecha no se ha proferido fallo debidamente ejecutoriado que dirima la presente controversia.

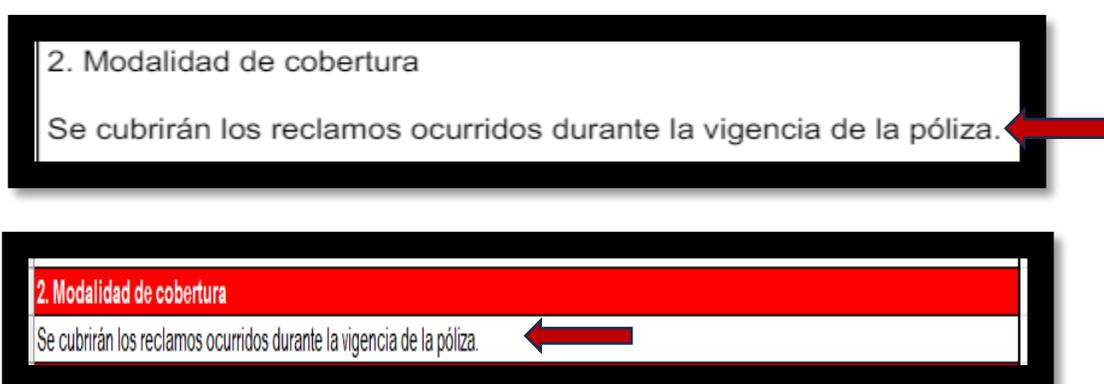
Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el auto de imputación transcurrieron más de 05 años, así como desde que el ente de control tuvo conocimiento de los hechos hasta que expidió la imputación, sin que exista un fallo que resuelva aquella acción, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó ALLIANZ SEGUROS S.A., a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia.

B. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL Y CONSECUENTEMENTE DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DADA LA MODALIDAD (CLAIMS MADE) SUSCRITA EN LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES N°1501216001939.

Es esencial destacar que la póliza N°1501216001939 se estableció bajo la modalidad

"Claims Made", la cual imponía dos condiciones para proporcionar cobertura temporal respecto a los hechos objeto de investigación. Primero, se requería que dichos eventos ocurrieran durante la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad acordado (si se hubiere pactado). Segundo, la primera reclamación al asegurador o al asegurado debía efectuarse durante la vigencia de la póliza, no obstante, se evidencia que los hechos en cuestión tuvieron lugar el 14 de febrero de 2014, es decir, fuera del periodo de cobertura acordado. Además, la primera reclamación se realizó el 14 de febrero de 2019 con la expedición del auto de apertura que vinculó a mí representada en calidad de tercero civilmente responsable, lo que confirma la carencia de cobertura temporal en este caso. Al respecto es preciso traer a colación lo dispuesto tanto en el condicionado general como en el particular de la póliza en mención:



Sumado a lo anterior, dentro de la póliza se definió siniestro en los siguientes términos:

“Reclamación directa. Se entiende causado el siniestro: cuando se trate de pérdidas ocasionadas por delitos contra la administración pública o en alcances que se liquiden en juicios de cuentas, por incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del asegurado, en el momento mismo en que la Entidad asegurada por si o por medio de sus agentes, notifique al asegurador que contra el empleado cuyo cargo se ampara cursa una acción penal. Si después de pagado el siniestro el empleado fuere exonerado de responsabilidad penal, el asegurador tendrá derecho a que el asegurado le reintegre el valor de la indemnización recibida, en la proporción que cobije la exoneración”.

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

“ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas

durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

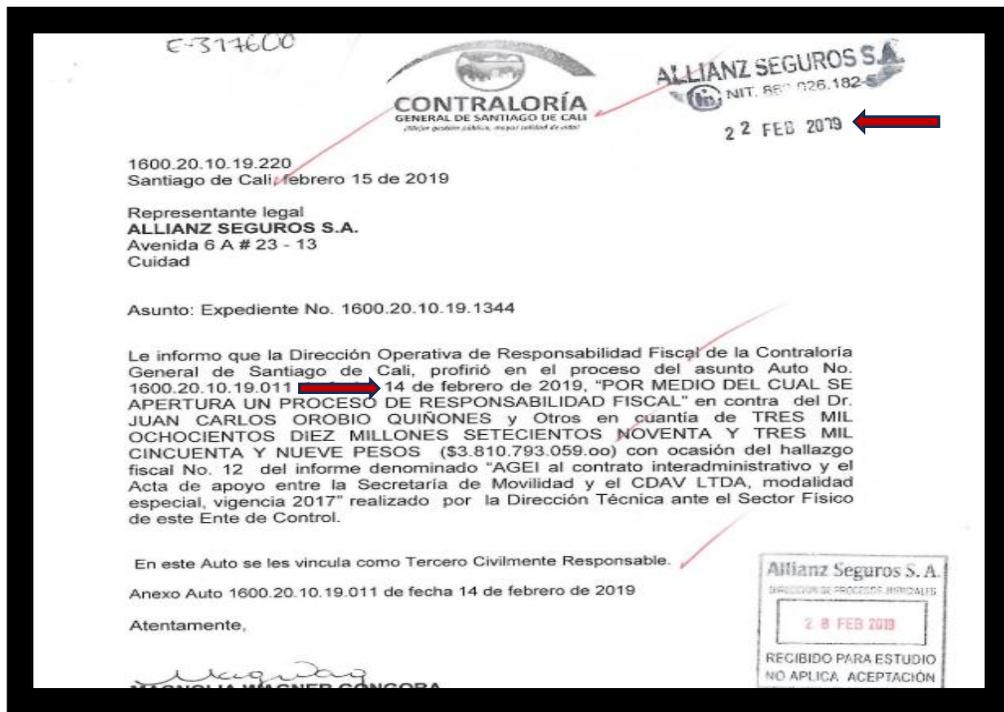
Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años:

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

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

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

Por lo anterior, se advierte que la primera reclamación a mí representada se formuló con el auto de apertura, el cual fue proferido el 14 de febrero de 2019 y notificado el 22 de febrero de 2019, tal y como se evidencia en el siguiente aparte:



Resulta entonces, que al haberse pactado dentro de las condiciones de amparo, que la reclamación fuera presentada dentro del periodo de vigencia señalado en la carátula de la póliza, se concluye que no puede hacerse efectivo el seguro al determinarse que el juicio fiscal y la vinculación de ALLIANZ SEGUROS S.A., como tercero civilmente responsable en calidad de coasegurador de la Póliza 1501216001939, se realizó fuera de la vigencia pactada, la cual, recordemos, se estableció desde el 16 de noviembre de 2015 al 16 de marzo de 2016.

Así entonces, emerge con absoluta claridad que la fecha en que se presentó el siniestro de acuerdo a la modalidad de cobertura (reclamación a la aseguradora dentro del periodo de vigencia de cobertura), ocurrió fuera del momento definido en las condiciones del seguro, ya que la notificación del auto de apertura que involucró a la póliza de seguro en comento se dio hasta el **22 de febrero de 2019**, es decir, no se presentó dentro de la vigencia de la póliza que comprendió entre **16 de noviembre de 2015 al 16 de marzo de 2016**. De manera tal, que al no ocurrir la notificación dentro de las fechas indicadas no existe cobertura temporal y no surge obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ALLIANZ SEGUROS S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 1600.20.10.19.1344.

C. INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZAS DE MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES N°1501216001939.

Es preciso indicar que, en la presente acción, no se materializó el riesgo asegurado, toda vez que, en primer lugar, el presunto detrimento se originó previo a la entrada en vigencia de la póliza, y en segundo, aunque se está discutiendo el presunto detrimento derivado de la prescripción de una serie de comparendos, que ocurrió desde el año 2011 hasta el año 2014, dicha situación no derivó de una conducta dolosa o gravemente culposa de los presuntos responsables, puesto que en ningún momento se evidenció el incumplimiento por parte de los funcionarios vinculados, incluso, las versiones libres de los señores Omar Jesús Cantillo Perdomo y Alberto Hadad Lemos, dan cuenta de la correcta gestión que realizaron tales como: realización de llamadas, remisión de cartas conminando al infractor al pago de la obligación, emisión de mandamiento de pago, entre otra serie de gestiones que denotaban el cabal cumplimiento de funciones. También es preciso señalar que, los hechos se catalogaron sucesivos, ocurriendo el último en el año 2014, lo que no concuerda con los periodos en los cuales los imputados ejercieron sus cargos como secretarios de movilidad. Situación que evidentemente denota la ausencia de una conducta dolosa o culposa en cabeza de los imputados que conllevara a un detrimento patrimonial.

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

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁸

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

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

[...]

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

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**

⁸ 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

los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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



En consideración a lo anterior, y dado que los hechos por los cuales se dio apertura a la presente acción fiscal ocurrieron el 14 de febrero de 2014, es decir, fuera de la cobertura de la póliza, sumado a que no se acreditó una conducta dolosa o culposa en cabeza de los imputados, es claro que no se ha materializado el riesgo asegurado, y, por ende, no ha nacido ninguna obligación en cabeza de mí representada.

En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No 1600.20.10.19.1344.

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 relacionado con que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los señores OMAR DE JESÚS CANTILLO,

ALBERTO HADAD LEMOS, NELSON RINCÓN LAVERDE JUAN CARLOS OROBIO QUIÑONEZ la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

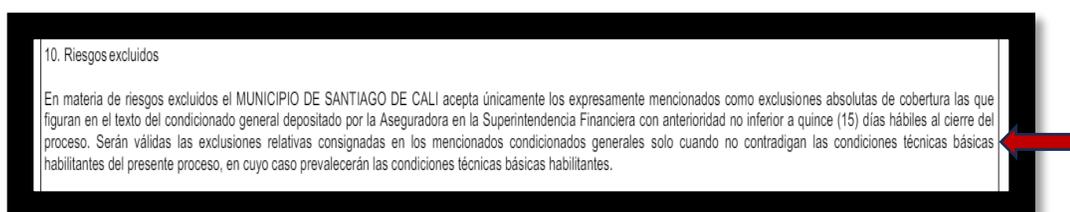
Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales N°1501216001939, por cuanto dicho riesgo no es asegurable. 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 identificado con el expediente No. PRF N°1600.20.10.19.1344, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA N°1501216001939.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el honorable despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables si fue en efecto doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que en la presente póliza se pactaron exclusiones que deberán ser tomadas en consideración, aunque como ya se resaltó es imposible afectar las pólizas en comento, por cuanto es evidente la ausencia de cobertura temporal, al respecto vale la pena señalar lo pactado en la póliza con relación a las exclusiones:



De manera que, esta debe ser considerada por la Contraloría al momento pronunciar fallo, pues es claro que se configura la exclusión pactada y por ende mí prohijada se releva a la aseguradora de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización. Puesto que así quedó expresamente pactado en la póliza y, en consecuencia, deberá exonerarse de toda obligación a mi representada.

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 y tomando en consideración que el 23,00% (\$161.000.000), se encuentra agotado en su totalidad con motivo al pago de remesas realizados a la coaseguradora líder.

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”⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

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

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO		DEDUCIBLE
Infidelidad de Empleados	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Delitos Contra la Administración Pública	\$ 700.000.000,00	\$ 700.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Pérdida empleados no identificados	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		5 % PERD Min 4 (SMMLV)
Empleados Temporales y/o Firma Especializada	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales	\$ 350.000.000,00	\$ 350.000.000,00		6% PERD Min 4 (SMMLV)

Observaciones:
LAS PARTES ACUERDAN QUE EL TOMADOR PAGARÁ LA PRIMA DE LA PRESENTE POLIZA. A MAS TARDAR DENTRO DEL MES SIGUIENTE CONTADO A PARTIR DE LA INICIACION DE LA VIGENCIA DE LA MISMA. LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA, PRODUCIRA LA TERMINACION DE LA POLIZA Y DARA DERECHO A MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. A EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS POR LA EXPEDICION DEL CONTRATO Y SUS CERTIFICADOS Y ANEXOS.

Aplica el Condicionado General Código: 010412-1326-P-13-00000/VTE261ABR/12

TOTAL PRIMA NETA PESOS COLOMBIANOS	GASTOS DE EXPEDICION PESOS COLOMBIANOS	SUBTOTAL EN PESOS COLOMBIANOS	VALOR IMPUESTO A LAS VENTAS PESOS COLOMBIANOS	TOTAL A PAGAR EN PESOS COLOMBIANOS
\$ 195.846.575,00	\$ 0,00	\$ 195.846.575,00	\$ 37.210.849,00	\$ 233.057.425,00

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS

NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-S	FIRMA
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	\$ 45.044.712,25	
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%	\$ 41.127.780,75	
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	\$ 66.587.835,50	
QBE	CEDIDO	22,00%	\$ 43.086.246,50	

Documento: Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501216001939.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene 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, máxime, debido a que respecto al coaseguro de ALLIANZ SEGUROS S.A. se agotó la suma disponible asegurada.

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

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable despacho considere que la aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta que en el contrato de seguro se pactó un deducible del 6% de la pérdida, mínimo cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes, de la siguiente manera:

COBERTURAS	VALOR ASEGURADO	DEDUCIBLE
Infielidad de Empleados	\$ 700.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Delitos Contra la Administración Pública	\$ 700.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Pérdidas empleados no identificados	\$ 350.000.000,00	5 % PERD Min 4 (SMMLV)
Empleados Temporales y/o Firma Especializada	\$ 350.000.000,00	6 % PERD Min 4 (SMMLV)
Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales	\$ 350.000.000,00	6% PERD Min 4 (SMMLV)

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”¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro del 6% de la pérdida, mínimo 4 SMMLV.

H. AGOTAMIENTO DE LA DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO:

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

Por lo que, para el caso en concreto, se advierte agotamiento de la suma disponible asegurado en atención al pago de remesa realizado a la coaseguradora líder, el cual corresponde a \$25.975.704, respecto de la póliza N°1501216001939, restando un valor asegurado de \$135.024.296.

I. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD:

La póliza de manejo global entidades estatales No. 1501216001939, conforme con las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mí representada, distribuyó los riesgos entre las compañías coaseguradoras, de la siguiente manera:

PARTICIPACION DE COASEGURADORAS				
NOMBRE COMPAÑIA COASEGURADORA	TIPO DE COASEGURO	%PARTICIPACION	\$ PRIMA PESO COLOMBIANO-S	FIRMA
ALLIANZ SEGUROS SA	CEDIDO	23,00%	\$ 45.044.712,25	
COMPANIA DE SEGUROS COLPATRIA	CEDIDO	21,00%	\$ 41.127.780,75	
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE CO	CEDIDO	34,00%	\$ 66.587.835,50	
QBE	CEDIDO	22,00%	\$ 43.086.246,50	

Colofón que las responsabilidades de las aseguradoras, respecto del asegurado o beneficiario, son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta

¹⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

conurrencia de su respectiva participación en el riesgo y el incumplimiento hipotético que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades del otro.

Esto quiere decir que, por ejemplo, cualquiera de las aseguradoras incumpliera con la obligación condicional del pago o la indemnización – una vez fuera exigible- esto no querrá decir que el Municipio de Santiago de Cali, ni menos la contraloría podrán ir en busca de la satisfacción de ese crédito a por ALLIANZ SEGUROS S.A.

“La Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de 27 de noviembre de 2002, con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo Gómez, expuso a propósito del ejercicio de una acción subrogatoria por parte de una aseguradora participante en un coaseguro de una póliza de transportes, lo siguiente: “...para efectos indemnizatorios cada coaseguradora se entiende que concurre conforme a su importe y por tanto las obligaciones que asume cada coaseguradora no se torna en relación con las otras coaseguradoras en obligaciones solidarias que impliquen que si alguna paga la indemnización total pueda reembolsarse en términos del artículo 1096 ibídem, sobre la subrogación. Recuérdese además que el artículo 1092 ibídem establece que “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” (negrillas por fuera del texto original). “En consecuencia, y como además se conoce del caso en grado jurisdiccional de consulta, no es procedente reconocer a la actora el total de la indemnización pagada al asegurado sino el valor en el que concurrió como Coaseguradora...”.

En síntesis, existiendo un coaseguro, es decir estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras mencionadas está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas.

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

De conformidad con las documentales obrantes en el expediente dentro del proceso de responsabilidad fiscal N°1600.20.10.19.1344, no obra prueba que determine la existencia de un presunto detrimento patrimonial al Estado derivado del actuar doloso o gravemente culposo en cabeza de los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez, ello, debido a que como se evidencia en el expediente, se evidencia de conformidad con las versiones libres, un correcto actuar para recuperar el dinero derivado de los comparendos, con acciones como: realización de llamadas, remisión de cartas conminando al infractor al pago de la obligación, emisión de

mandamiento de pago, remisión a casa de cobros, entre otra serie de gestiones que denotaban el cabal cumplimiento de funciones.

Sumado a lo anterior, es pertinente resaltar que el ente de control adujo que solo se tendrían en cuenta los comparendos del año 2011 al 2014, siendo la última fecha el **14 de febrero de 2014**, en atención a que cuando se profirió el auto de apertura, no se podía establecer ningún otro periodo, ya que sobre aquel recaería la caducidad de la acción fiscal. Sin embargo, los funcionarios imputados, tuvieron los siguientes periodos de tiempo como secretarios de movilidad:

- ✓ Omar de Jesús Cantillo del 25 de mayo de 2014 al 20 de marzo de 2015.
- ✓ Alberto Hadad Lemos del 01 de diciembre de 2012 al 15 de noviembre de 2014.
- ✓ Nelson Rincón Laverde del 01 de enero de 2016 al 04 de agosto de 2016.
- ✓ Juan Carlos Orobio Quiñonez del 04 de agosto de 2016 al 31 de diciembre de 2017.

Es decir, si los hechos fueron catalogados hasta el 14 de febrero de 2014, no tiene sentido que se involucre a funcionarios que no desarrollaron ninguna función en ese lapso de tiempo, sumado a que el informe técnico también relacionó comparendos de fechas posteriores a 2014, reiterándose que ello resultaría equívoco, puesto que el análisis realizado y el objeto de la acción fiscal, claramente se delimitó al **14 de febrero de 2014**.

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

“ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
- *Un daño patrimonial al Estado.*
- *Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”*

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

“Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características: (i) Un elemento objetivo

consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación. (ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.”

En este sentido, y teniendo claro, lo previamente manifestado, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta de los gestores fiscales. En consecuencia, el honorable despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. 1600.20.10.19.1344.

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

Es pertinente precisar a este despacho que de conformidad con el análisis realizado al acervo probatorio que obra en el expediente N° 1600.20.10.19.1344, no se evidencia la configuración de un daño patrimonial al Estado con ocasión al actuar de los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez, respecto al presunto detrimento generado con motivo a los comparendos prescritos. Dado que, como se manifestó con anterioridad, el despacho no tomó en consideración las fechas en las que ejercieron el cargo de secretario de movilidad, que para la mayoría fue posterior a la ocurrencia de aquellos, y en segundo lugar, desconoció las funciones realizadas por aquellos, para gestionar los cobros derivados de aquellos comparendos.

Por ejemplo, prueba de ello, fue la versión libre del señor Cantillo, quien indicó:

(...)

1. La Secretaría de tránsito y transporte y el Centro de Diagnóstico Automotor del Valle CDAV Ltda, firmaron un contrato interadministrativo para la realización del cobro persuasivo, desde la ejecutoria de la multa o sanción hasta la notificación del mandamiento de pago. El término para la realización del cobro persuasivo era de dos años, en el que se realizaban llamadas, se enviaban cartas conminando al infractor a realizar el pago de la obligación. Una vez agotadas todas las actos encaminados al pago voluntario, se emitía el mandamiento de pago, el cual debía ser notificado de manera personal dentro de ese término inicial, por la empresa SERVIENTREGA la cual fue subcontratada por la CDAV Ltda, quien estaba facultada para dicho acto.
2. Dentro del periodo que ejercí como secretario de tránsito, esto es entre Julio de 2014 y mayo de 2015, las obligaciones constituidas en el año 2014 y 2015 se encontraban en término para emitir mandamiento de pago y su posterior notificación personal o por aviso en el primer semestre del 2016 y del 2017. Para las obligaciones 2012 y 2013 se realizó toda la gestión correspondiente para notificar los mandamientos de pago por parte del CDAV Ltda. Los que no era posible su notificación personal, eran entregados en listas de Excel a los abogados de cobro coactivo para su publicación en la página de la alcaldía de Santiago de Cali y así surtir la notificación por aviso.
3. Se realizaron comités mensuales con el Director de Contratos Interadministrativos del Centro de Diagnóstico Automotor del Valle, en el que se hacía seguimiento a la gestión del contrato.

(...)

Incluso, la versión libre del señor se solicitó lo siguiente:

"Solicito se oficie a la Secretaria de Movilidad con el fin de establecer lo siguiente:

- 1) Cuantos comparendos se efectuaron año a año desde el 2010 a 2015, especificando como fue el comportamiento de cartera, indicando el valor recuperado dentro de dicha vigencia por numero totales de comparendos.
- 2) Desde cuando se implementó la figura de los líderes de cartera y contravenciones en la Secretaria de Tránsito.

Es decir, nos encontramos ante una serie de gestiones que tenían por objeto recuperar el dinero derivado de los comparendos, y de otro lado, precisando que solo hasta el 14 de febrero de 2014 podían ser tomados en consideración. Sin extender sus efectos a otras vigencias.

Teniendo claro lo previamente expuesto, es de suma importancia abordar lo relacionado con la concepción frente a los hechos de ejecución instantánea en contraposición con los de tracto sucesivo, a la luz de lo señalado por el Consejo de Estado¹¹:

*"La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; **en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo.** **En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios***

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, radicado: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316), 25 de agosto de 2011.

que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños. En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce”.

Por lo anterior, para el caso en concreto evidentemente denota, que el presunto detrimento patrimonial se causó con ocasión a los comparendos prescritos, siendo tomando en consideración como última fecha de los hechos de tracto sucesivo el 14 de abril de 2014, ya que a juicio de este despacho, para evitar que se produjera la caducidad, se debían contar 5 años atrás de proferido el auto de imputación del 14 de abril de 2019:

Se puede inferir del informe técnico presentado, como primera medida, que se realiza una evaluación de las multas que pueden ser objeto de caducidad de la acción fiscal, conforme a lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.

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

Resulta entonces, que se ajustó el valor del presunto detrimento patrimonial, contando 5 años hacia atrás de la ocurrencia del presunto hecho generador del daño, conforme a la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, la cual fue el 14 de febrero de 2019. en consecuencia se ejecutó el siguiente cuadro.

COMPARENDOS PRESCRITOS 2011 AL 2014				
#	Vigencia	con valor determinado		Sin valor determinado
		Valor	Cantidad	Cantidad
1	2011	35.218.331	128	610
2	2012	56.078.039	169	435
3	2013	534.328.146	1.762	
4	2014	319.863.378	755	1.045
Total		945.487.894	2.814	
				3.859

Esta aclaración se realiza, porque el despacho relaciona una serie de funcionarios que estuvieron vinculados en fechas posteriores al de la ocurrencia de los hechos, empero lo anterior, claramente se destaca que fue hasta el año 2014 que se produjo el detrimento, es decir, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo fue hasta el 14 de febrero de 2014 que se produjo presuntamente el daño y detrimento patrimonial generado al Estado, por lo que los efectos derivados de aquel, no pueden ser considerados como nuevos hechos.

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).¹²*

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***

¹² Ibidem.

recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. *Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto*.¹³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso.

Además, es importante resaltar, que dentro de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera ineludiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

En este orden de ideas, se concluye que no existe suficiente material probatorio que determine la configuración del elemento de la culpa frente a la actuación de los presuntos responsables fiscales, toda vez que no se demuestra este elemento configurativo de la responsabilidad fiscal, sumado a que no existe pronunciamiento alguno por parte de los presuntos responsables fiscales en los cuales se pueda conocer con mayor detalle lo ocurrido.

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

¹³ 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.

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 esta.”

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No 1600.20.10.19.1344.

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

Es crucial destacar que, según la relación de documentos presentes en el expediente que sirvieron como base para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal en cuestión, y en consonancia con las versiones libres e incluso informes técnicos aportados, hasta la fecha, no se ha identificado ningún elemento de prueba que indique una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez, lo anterior, toda vez que se indicaron cuáles fueron las gestiones realizadas para el cobro de los comparendos, como realización de llamadas, remisión de cartas conminando al infractor al pago de la obligación, emisión de mandamiento de pago, remisión a casa de cobros, entre otra serie de gestiones que denotaban el cabal cumplimiento de funciones, asignación de líderes de cartera. Además, se vincularon a funcionarios que desempeñaron sus funciones fuera del periodo establecido por la Contraloría como el causante del detrimento.

Es de suma importancia ponerle de presente al despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que es necesario que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

“6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir

un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

***6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición.** Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.*

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio

sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

"El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que, para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**¹⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez, 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.

¹⁴ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

De conformidad con lo estipulado por el artículo 63 del Código Civil, se 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).”¹⁵ (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)¹⁶

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. MP. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

¹⁶ 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 de los presuntos responsables.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con las funciones, pese a que no existía un procedimiento específico para ello, 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.

De otro lado y antes de concluir, vale la pena traer a colación la disposición contemplada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que, respecto de la posibilidad, excepcional, de la presunción de culpa y dolo establece lo siguiente, lo cual confirma que en este caso no es aplicable tal presunción:

“ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. *El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.*

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

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 al presunto responsable 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 el auto de imputación y las pruebas que se relacionan y obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez. 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. Sumado a que como se señaló con anterioridad, la póliza no brinda cobertura, en atención a que lo ocurrido e investigado en la presente acción fiscal, ocurrió con anterioridad a la entrada en vigor de la póliza, la primera reclamación fue realizada fuera de la cobertura de las pólizas vinculadas, y operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

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 imputados por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

IV. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores Omar de Jesús Cantillo, Alberto Hadad Lemos, Nelson Rincón Laverde y Juan Carlos Orobio Quiñonez y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número PRF-1600.20.10.19.1344, que cursa actualmente en la Contraloría General de Santiago de Cali, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

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 las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153 y N°1501216001939, no prestan cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF-1600.20.10.19.1344, dado que la primera reclamación fue realizada fuera de la vigencia pactada, además, por cuanto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, a la luz de lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado, así como los deducibles y exclusiones pactados para las pólizas °1501215001153 y N°1501216001939.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de las Pólizas de Manejo Global Entidades Estatales N°1501215001153 y N°1501216001939 con su respectivo condicionado particular y general.
- 1.2. Certificado de existencia y representación de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** expedido por la cámara de comercio de Cali.

- 1.3. Certificado de existencia y representación de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

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.

2. POR OFICIO:

Solicito se oficie a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en calidad de aseguradora líder, para que remita a este despacho el certificado de disponibilidad del valor asegurado.

VI. NOTIFICACIONES

A mi mandante y al suscrito apoderado en la Calle 69 No. 4 – 48 oficina 502 en la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: 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.