

Señores

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
GERENCIA COLEGIADA DEPARTAMENTAL DE VALLE DEL CAUCA**

Ant. Mónica Fernanda Gómez Salazar

procesosfiscales@contraloriavalledelcauca.gov.co; cgr@contraloria.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 016 del 30 de noviembre de 2023.
EXPEDIENTE: PRF-2018-00210
ENTIDAD AFECTADA: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
VINCULADOS: DIANA PATRICIA PERLAZA Y GARCÍA Y OTROS.
TERCERO VINCULADO: HDI SEGUROS S.A Y OTROS.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **HDI SEGUROS S.A.** antes **GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A.**, de acuerdo al memorial poder que obra en el plenario, encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 016 del 30 de noviembre de 2023**, por medio del cual se declara como tercero civilmente responsable a la Aseguradora que represento en razón de la Póliza Global de Manejo No. 40000322 solicitando desde ya, se revoque el Fallo en comento y se absuelva a los presuntos responsables y por ende a mi prohijada. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

Teniendo en consideración que la notificación electrónica del fallo con responsabilidad No. 016 del 30 de noviembre de 2023 se efectuó el día 04 de diciembre de la misma anualidad, se concluye que este escrito es presentado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

CAPÍTULO II. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA QUE EL ENTE DE CONTROL REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD.

A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA QUE SÍ SE VENCIERON LOS TÉRMINOS PARA ADELANTAR EL PRESENTE PROCESO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 610 DE 2000.

De acuerdo a lo señalado por el ente de control en el fallo con responsabilidad fiscal No. 016 del 30 de noviembre de 2023 objeto del presente recurso, se evidencia que en efecto sí se venció el término para iniciar el proceso fiscal y en su lugar solo procedía el archivo de las diligencias. Lo anterior, toda vez que como se señala incluso en el mismo fallo, el lapso de los seis (6) meses se

otorga para la recopilación de pruebas y finalizado éste se debe decidir si apertura un proceso o si por el contrario archivar el mismo. Sin embargo, tal término no se cumplió pues el ente de control decidió cerrar la indagación preliminar mediante auto No. 434 el 25 de agosto de 2017 y, seguidamente mediante auto número 0569 del 29 de octubre de 2018 decidió dar apertura al proceso, es decir que nos encontramos ante un vencimiento de términos toda vez que la indagación preliminar superó los 6 meses estipulados en la norma para tal etapa, puesto que, desde el momento de apertura de la misma hasta el cierre, transcurrieron 8 meses y 9 días, por lo que la norma consagra que después del periodo estipulado sólo procede el archivo o la apertura del proceso. En ese sentido y dando aplicación a la normatividad, el ente de control debe archivar el presente asunto.

Es preciso mencionar que el legislador al expedir normas que regulan los plazos para el desarrollo de los diferentes procesos y la adopción de las decisiones dentro de los mismos, tiene fundamento en lo que el constituyente estableció al respecto del reconocimiento de dichas garantías: **“Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”** del cual se infiere, tal y como lo ha precisado la corte constitucional desde sus primeras providencias, que *“la constitución política de 1991 está inspirada entre otros muchos en el propósito definido de erradicar la indeseable costumbre extendida entre los jueces pero también entre los funcionarios públicos, de incumplir los términos procesales acarreado a los destinatarios de la administración de justicia toda suerte de perjuicios en el ejercicio de sus más elementales derechos”*¹. En este sentido es pertinente recordar lo que establece el artículo 39 de la ley 610 de 2000 sobre el periodo del tiempo que el ente fiscal tiene desde la indagación preliminar hasta el archivo o la apertura del proceso:

Artículo 39. Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, **podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.** La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Ahora bien, en el caso concreto encontramos que los hechos que dieron origen a la presente investigación, fueron descubiertos durante la auditoría realizada a la Fiscalía General de la Nación - Regional Cali, llevada a cabo en cumplimiento del plan de vigilancia y control fiscal. Posteriormente, mediante auto No. 0620 del 16 de diciembre de 2016, el ente de control decidió abrir la indagación preliminar que sólo se cerró hasta el 25/08/2017, mediante auto No. 0434. Seguidamente, el 29/10/2018, mediante auto No. 0569, la Gerencia Departamental del Valle del

¹ Corte constitucional. Sentencia T431 de 1992. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

Cauca de la Contraloría General de la República, decidió dar apertura al presente proceso de responsabilidad fiscal.

En este sentido, se observa que, a la luz de la normatividad anteriormente transcrita en líneas precedentes, nos encontramos ante un vencimiento de términos toda vez que la indagación preliminar superó los 6 meses estipulados en la norma para tal etapa, puesto que, desde el momento de apertura de la misma hasta el cierre, transcurrieron 8 meses y 9 días, por lo que la norma consagra que después del periodo estipulado sólo procede el archivo o la apertura del proceso. Como es Claro, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal acaeció el 29/10/2018, es decir, 1 año 10 meses y 13 días después de la apertura de indagación preliminar, lo que sin duda vulnera lo establecido por el legislador para la realización del trámite en comento.

En conclusión, es procedente solicitar el archivo inmediato del proceso, toda vez que los términos para dar apertura al presente proceso fiscal se vencieron y seguir adelante con el trámite del mismo, genera una clara vulneración al debido proceso de mi procurada y de los presuntos responsables. Máxime cuando se acredita el vencimiento de términos toda vez que la indagación preliminar superó los 6 meses estipulados en la norma para tal etapa, puesto que, desde el momento de apertura de la misma hasta el cierre, transcurrieron 8 meses y 9 días, por lo que la norma consagra que después del periodo estipulado sólo procede el archivo o la apertura del proceso. En ese sentido y dando aplicación a la normatividad, el ente de control debe archivar el presente asunto.

B. EL ENTE DE CONTROL DESCONOCIÓ QUE EN EL PRESENTE ASUNTO NO SE REUNEN LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA QUE CONDUZCA A DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL HECHO GENERADO DEL SUPUESTO DAÑO PATRIMONIAL.

Según el hecho único descrito como base de la presente acción, se debe tener en cuenta que a partir de la base argumentativa y probatoria del Proceso de Responsabilidad Fiscal 2018-00210 no se puede concluir que se configure alguna responsabilidad en cabeza de los investigados toda vez que el ente de control evoca supuestas de irregularidades por el no reintegro de los recursos por pago de incapacidades, mediante conjeturas subjetivas carentes de pruebas fácticas y jurídicas suficientes para acreditar una supuesta lesión al patrimonio público. Por lo tanto, no obra en el plenario ninguna prueba idónea, útil ni conducente, acerca de algún tipo acción u omisión en cabeza los presuntos responsables que se hubiera producido concomitante o anticipadamente a los hechos que son objeto de debate por los cuales se hubiera producido el daño.

En efecto, se insiste en que el ente de control no aportó al expediente elementos de prueba suficientes que den cuenta de un detrimento a causa de una omisión de la gestión administrativa de los recursos que tienen relación con la seguridad social, ya que se limita a denunciar que las incapacidades pagadas durante la vigencia 2010 a 2012 obtuvieron el carácter de incobrables por haber operado el fenómeno de la prescripción. No obstante, es valioso indicar que contrario a lo afirmado por la contraloría, la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la entidad sí realizó los trámites tendientes a obtener el pago de las incapacidades, tal y como se evidencia en la prueba documental consistente en los soportes de trámite de recobro adelantado ante la EPS/ARL, aportados a la investigación mediante oficio No. 2017ER0058151.

Adicionalmente, los investigados no incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa con relación a estos hechos. Por el contrario, se observa con claridad que estos funcionarios actuaron con diligencia en sus deberes legales, laborales y profesionales, por lo que esta investigación pierde completamente su sustento fáctico, pues al no existir conducta irregular que desencadene un presunto detrimento patrimonial, resulta estéril declarar la existencia de responsabilidad fiscal en este proceso fiscal. Ante estos supuestos, de no estar probado el daño al patrimonio público ni una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los investigados, resulta del todo improcedente entrar a estudiar un nexo de causalidad entre los dos elementos no acreditados, por lo que procede archivar el proceso.

Hay que dejar en claro que la ley 100 de 1993, por la cual se establece el régimen de seguridad social integral, indica en su artículo 206 que el régimen contributivo reconocerá las incapacidades originadas en enfermedad general y que las mismas deberán ser pagadas por la empresa directamente al trabajador y luego la empresa repite contra la EPS. Sin embargo, en cuanto al procedimiento para el pago de las prestaciones económicas (recobro) como lo son: la incapacidad y licencias de maternidad o paternidad a los aportantes o empleadores, el artículo 24 del decreto 4023 de 2011 indica lo siguiente:

***Artículo 24.** Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

***Parágrafo 1°.** La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

Así mismo el decreto ley 019 de 2012 en su artículo 121 dispone que será el empleador quien adelantará de manera directa ante las EPS los trámites para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad siendo la única obligación del trabajador reportar el acaecimiento de cualquiera de aquellas.

Por su parte, el artículo 28 de la ley 1438 de 2011, frente al reembolso de prestaciones económicas, prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.*” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

Teniendo en cuenta la previsión normativa del artículo 28 de la ley 1438 de 2011, el empleador tiene derecho a solicitar a las EPS el reembolso de prestaciones económicas en un plazo máximo de 3 años contados desde la fecha en que éste efectúe el pago al trabajador, no obstante, bajo la aplicación del artículo 151 del código procesal del trabajo, el simple reclamo sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción. Bajo esta óptica, se debe tener en cuenta que la dirección seccional administrativa y financiera de la Fiscalía General de la Nación- Seccional Cali, realizó los trámites tendientes a obtener el pago de las incapacidades, tal y como se evidencia en la prueba documental consistente en los recobros adelantados ante las EPS/ARL, aportados a la investigación mediante oficio No. 2017ER0058151, fecha desde la cual se debería contar el término para la prescripción de dichas prestaciones económicas y, en este sentido, se debió determinar si los recobros al día de hoy han sido efectivos.

Es por esta razón, que evidenciamos la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, por lo que es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal. En consecuencia, el despacho imperativamente deberá archivar el proceso bajo análisis conforme a lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.”*

De esta forma, se concluye, que no existió un detrimento patrimonial causado a la Fiscalía General de la Nación máxime cuando no existen en el expediente elementos de prueba suficientes que den cuenta de un eventual detrimento a causa de una omisión de la gestión administrativa de los recursos que tienen relación con la seguridad social, ya que la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la entidad sí realizó los trámites tendientes a obtener el pago de las incapacidades, tal y como se evidencia en la prueba documental consistente en los soportes de trámite de recobro adelantado ante la EPS/ARL, aportados a la investigación mediante oficio No. 2017ER0058151.

C. CONTRARIO A LO SEÑALADO EN EL FALLO CON RESPONSABILIDAD, NO SE ACREDITÓ QUE LOS INVESTIGADOS ACTUARAN CON CULPA O DOLO.

El ente de control señala que, la Fiscalía General de la Nación no realizó el trámite de recobro ante la EPS y ARL de las incapacidades que fueron pagadas. Sin embargo, se observa que de acuerdo al material probatorio obrante, en especial las versiones libres rendidas por los investigados de este caso, su actuación estuvo lejos de ser dolosa o gravemente culposa, toda vez que coinciden en manifestar que había una carga excesiva de trabajo y que tales gestiones involucraban la coordinación de muchas personas pertenecientes al equipo de trabajo, por lo que mientras ocurrían los cambios de cargo y se hacía la entrega oficial del mismo, podemos ver que existieron situaciones administrativas especiales que dificultaban la tarea. En conclusión no existe una conducta culposa o gravemente dolosa que atribuya a los aquí investigados, y en ese sentido, el despacho deberá ordenar el archivo del presente asunto.

En el material probatorio obrante en el plenario, en especial con las versiones libres se logra evidenciar que se delegaban las funciones, realizando solicitudes directamente a Bogotá, con el propósito de que se hicieran las debidas solicitudes a las EPS, lo cual ocurrió. De igual forma se manifestó que frente a este trámite específico no existía un procedimiento establecido para el recobro, por lo que sería difícil juzgar si se ha efectuado o no la diligencia pertinente en este caso, sin embargo, lo que sí es claro es que dentro de las posibilidades de estos funcionarios, que se tuvieron que enfrentar a la sobrecarga de trabajo, cambio de puesto, cambio de personal, ocupación de cargo y lucha contra un procedimiento no establecido, se efectuaron las actuaciones posibles dentro de sus límites esperados.

Sea lo primero advertir que, 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 H. 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, también 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” (...)²*
Subrayado y negrilla fuera del texto original

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***

² Ibidem.

de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto" (...) ³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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 configuró dicho detrimento patrimonial, y que, de tal suerte, el fallo en comento no valoró adecuadamente las pruebas incorporadas. Al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente y sustentada.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de esta persona puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

En el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 señala ciertos eventos en los que se presume que el gestor fiscal ha obrado con dolo y culpa grave. Así refiere el texto:

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;

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-0002007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.

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.

Del texto anterior, se logra evidenciar que la conducta de los investigados en el presente asunto no se enmarca en dichas presunciones, por lo que el ente de control debe desestimar todas las actuaciones tendientes a confirmar el fallo con responsabilidad y en su lugar revocar el mismo, pues no existen argumentos facticos ni jurídicos que permitan sostener la postura planteada por el investigador. Máxime cuando de acuerdo a lo señalado por nuestro ordenamiento jurídico, las entidades estatales no están obligadas a lo imposible, por lo que la ejecución y cumplimiento de sus funciones deben ajustarse a la realidad. Es decir que la Contraloría debe analizar las pruebas allegadas, en especial las versiones libres rendidas por los investigados, donde claramente evidencian que su actuación estuvo lejos de ser dolosa o gravemente culposa, toda vez que coinciden en manifestar que había una carga excesiva de trabajo y que tales gestiones involucraban la coordinación de muchas personas pertenecientes al equipo de trabajo, por lo que mientras ocurrían los cambios de cargo y se hacía la entrega oficial del mismo, podemos ver que existieron situaciones administrativas especiales que dificultaban la tarea.

En conclusión, no puede hablarse de la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de los aquí investigados como quiera que, estos realizaron las gestiones pertinentes para solicitar el recobro a las EPS por el pago de las incapacidades, cumpliendo con ellos con lo establecido en la normatividad. Por lo anterior, solicito respetuosamente al Despacho se sirva revocar el Fallo con responsabilidad Fiscal, se absuelva a los investigados y por contera a mi representada **HDI SEGUROS S.A.** de afectar los contratos de seguros vinculados en esta causa.

CAPITULO II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA INDEBIDA VINCULACIÓN DE HDI SEGUROS S.A. antes GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A.

Es esencial que el Ente de Control Fiscal tenga claro que la vinculación de las Compañías Aseguradoras en este tipo de causas, debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de las pólizas invocadas para requerir su vinculación, siendo menester la sujeción a las

condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal, para determinar si es o no procedente su vinculación.

Se recuerda que el único nexo que tienen las Compañías en el asunto fiscal, es por responsabilidad civil, precisamente en razón a que del contrato de seguro se deriva única y exclusivamente su participación en el proceso y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya lesiva para el erario público, por lo 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.

A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA GLOBAL DE MANEJO No. 4000322.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que la **Póliza Global de Manejo No. 4000322** con vigencia del 29 de diciembre de 2014 hasta el 29 de diciembre de 2017 no ofrece cobertura temporal toda vez que los hechos que aquí se investigan tuvieron lugar entre los años 2010 y 2012, es decir cuando el contrato de seguro ni siquiera se había suscrito. En consecuencia, existe una evidente falta de legitimación en la causa material por pasiva de la compañía aseguradora, por cuanto las pólizas vinculadas no ofrecen cobertura tal y como se ha señalado anteriormente.

De conformidad 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:

"(...)

- *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.***

(...)

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

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

- *El operador fiscal deberá verificar que no se realice una indebida acumulación de vigencias o de valores asegurados de las pólizas de seguros y en consecuencia la*

vinculación de la aseguradora se hará con sujeción a la respectiva modalidad prevista en el contrato de seguro.

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

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

Del texto anterior, se evidencia que el ente de control debe hacer un estudio juicioso de las condiciones generales y particulares de la póliza, incluyendo la modalidad de operación de esta. Sin embargo, en este caso es claro que la Contraloría omitió el estudio del condicionado del contrato de los seguros. De haberlo hecho, hubiera advertido la falta de cobertura temporal de la **Póliza Global de Manejo No. 4000322** con vigencia del 29 de diciembre de 2014 hasta el 29 de diciembre de 2017 toda vez que de acuerdo a lo señalado en los hechos del fallo con responsabilidad, el auto de imputación y auto de apertura, el objeto investigado versa sobre circunstancias ocurridas en las vigencias 2010 y 2012, es decir por fuera de la vigencia del contrato de seguro anteriormente señalado.

Como manifestamos anteriormente, al vincular a una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal debe atenderse al riesgo específicamente cubierto, el cual es delimitado tanto en el clausulado general, como particular. Es importante señalar que, al vincular a una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal debe atenderse al riesgo específicamente cubierto, el cual es delimitado tanto en el clausulado general, como particular. El contrato de seguro suscrito entre mi representada con la Fiscalía General de la Nación fue pactado bajo la modalidad de cobertura de “*ocurrencia*”, por lo que su cobertura se limita a los hechos que ocurren dentro de la vigencia de la póliza.

Es importante reiterar nuevamente al ente de control y dejar en claro que la Póliza Global de Manejo No. 4000322 con vigencia del 29 de diciembre de 2014 hasta el 29 de diciembre de 2017 **NO OFRECE COBERTURA TEMPORAL**, toda vez que de acuerdo a los hechos señalados en el fallo con responsabilidad el objeto de la investigación se circunscribe a la falta de recobro de incapacidades pagadas en el año 2010 al 2012, es decir que dichos pagos se efectuaron por fuera de la vigencia de la póliza.

En este sentido es creemos que la póliza de seguro de manejo por la cual se vinculó a mi representada al presente trámite, se evidencia la ausencia de cobertura por los límites temporales mediante los cuales se suscribió este contrato de seguro, puesto que de acuerdo con la modalidad de cobertura, la póliza no se encontraba vigente para la fecha en la que ocurrieron los presuntos hechos que generaron un detrimento patrimonial.

Una aseguradora delimita su cobertura de muchas formas, una de ellas es mediante la modalidad temporal de cobertura. De esta forma, la aseguradora aceptó tomar el riesgo de la entidad asegurada bajo unas condiciones específicas, de modo que, si no nos encontramos dentro de los límites del riesgo que la aseguradora aceptó cubrir, no puede condenarse a la aseguradora a pagar por un siniestro que no existe de cara a la póliza.

En todo caso, no consideramos exista cobertura del amparo mencionado, aunque se hubiera vinculado la vigencia correcta, ya que la cobertura hace referencia a brindar amparo a la entidad frente al menoscabo de los recursos. En este sentido, recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de afectar la póliza toda vez que no hay lugar a declarar la existencia de responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza de los presuntos responsables, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública.

De esta manera, concluimos es improcedente afectar las pólizas vinculadas a este proceso fiscal por falta de cobertura temporal de los hechos y, en consecuencia, solicitamos desvincular a **HDI SEGUROS S.A.** del PRF 2018-00210.

B. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO MANEJO No. 4000322.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en **la Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322**. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende ente de control endilgar al presunto responsable. Lo anterior, toda vez que la Contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación del presunto detrimento patrimonial. Por el contrario, se encuentra probada la clara gestión de los aquí investigados, la cual ha estado encaminado tanto a cumplir con los principios de la función pública como a cuidar los recursos del Estado solicitando el pago de las prestaciones pagadas a la EPS.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que **HDI SEGUROS S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro.

El contrato de seguro documentado en **la Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** entrará a responder, si y solo si se causa una pérdida patrimonial al asegurado **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** y siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el fallo con responsabilidad, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de

los elementos propios de la Responsabilidad fiscal y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza del presunto responsable, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad fiscal que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la **Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** que sirvieron como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a la compañía. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la Aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los aquí vinculados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la **Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** máxime cuando esta última no se encontraba vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a **HDI SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No **PRF-2018-00210**.

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

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se estableció un límite los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 íbidem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Toda vez que, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, la **Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** ofrece las siguientes coberturas:

*AMPAROS	SUMA ASEGURADA	SUBLÍMITE
MANEJO (INFIDELIDAD DE EMPLEADOS)	1.400.000.000.00	
EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS		1.400.000.000.00
FIRMAS ESPECIALIZADAS / TEMPORALES		1.400.000.000.00
DEPÓSITOS BANCARIOS		1.400.000.000.00
AJUSTE A PRIMA MINIMA		0.00"

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, operaría la suma asegurada equivalente a **MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.400.000.000)** la cobertura de actos incorrectos de los servidores públicos, y no la señalada por el ente de control. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

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.

D. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MANEJO NO. 4000322

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de que pueda llegar a surgir obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** y, en este caso para la póliza, se pactó en el de **1% del valor de la pérdida como mínimo 1 SMLMV**

El deducible, el cual está legalmente permitido, luego que se encuentra consagrado en el artículo 1103 del Código de Comercio reza que: *"(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original (...)"*

En síntesis, el deducible comporta la participación que asume el asegurado cuando se presenta el siniestro, el cual se manifiesta en un valor o porcentaje pactado en la póliza de seguro. Así entonces, de acuerdo con el contenido de la póliza, se pactó un deducible de la siguiente manera:

*"EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS: 1% DEL VALOR DE LA PÉRDIDA, MÍNIMO 1 SMLMV
OTROS EVENTOS: 1% DEL VALOR DE LA PÉRDIDA, MÍNIMO 1 SMLMV."*

Por consiguiente, debe tenerse presente que, una vez se encuentre fehacientemente probado el evento asegurado, el juez deberá, al momento de atribuir responsabilidades sobre la indemnización del presunto daño antijurídico causado, aplicar el monto que, al asegurado **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** le correspondería cubrir en virtud del deducible pactado. Se aclara además que en vista de que se pactó un porcentaje y una suma específica, deberá aplicarse, de acuerdo a lo estipulado en la póliza, el que una vez calculado sea mayor.

En conclusión, si en la causa bajo su conocimiento ocurre el improbable caso de endilgarse responsabilidad a la demandada y asegurada y a mi mandante se le hiciera exigible la afectación del aseguramiento, el **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** tendría que cubrir el monto anteriormente indicado como deducible. Empero, tampoco puede olvidarse que esto es sólo posible en el hipotético de que el ente territorial sea hallado patrimonialmente responsable de conformidad con las pruebas allegadas el proceso. Lo cual, analizado el expediente, considera el suscrito es altamente improbable, como quiera que, en el asunto de marras, no existe responsabilidad frente al **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**.

E. DEBERÁ TENER ENCUESTA EL COASEGURO Y LA INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE COASEGURADORAS.

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero patrimonialmente responsable, revela que la misma fue tomada por **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** bajo la figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre así:

- **HDI SEGUROS S.A.: 40%**
- **ROYAL & SUN ALLIANCE SEGUROS 40%**
- **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. 20%**

En ese sentido, 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 coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **HDI SEGUROS S.A.** únicamente podrá responder hasta el **40.00%**, es decir, solo responderá por este porcentaje sobre el 100% de la condena.

El artículo 1092 del Código de Comercio, que estipula lo siguiente:

*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. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual que establece:

*Las normas que anteceden se aplicarán igualmente **al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas. En concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022 que reza:

“(…) los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio (…)”

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fueran viables las pretensiones de la parte actora, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

F. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE SEGURO MANEJO No. 4000322.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, 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 en 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”⁴

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que las **Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** contiene una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones arriba señaladas o las que constan en las condiciones generales y particulares de la **Póliza de Seguro de Manejo No. 4000322** éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del Asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

G. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA QUE LA CULPA GRAVE Y EL DOLO COMPORTAN RIESGOS INASEGURABLES.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de las señoras **Marisol Bedoya Ríos y Diana Patricia Perlaza García**, 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 Seguro de Manejo No. 4000322** por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a **HDI SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. **2018-00210**, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

H. 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, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

CAPÍTULO III. PETICIONES

En consideración de todo lo anterior, respetuosamente solicito a la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia que al momento de resolver el respectivo recurso disponga:

PRIMERA. Revocar el **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 016 del 30 de noviembre de 2023**, notificado en el 04 de diciembre de 2023, y se declare que no hay alcance o responsabilidad fiscal para las señoras **Marisol Bedoya Ríos** y **Diana Patricia Perlaza García**, 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 aquellos.

SEGUNDA. En caso tal de que el Despacho considere la existencia de la supuesta responsabilidad en contra de los presuntos responsables fiscales, solicito respetuosamente la **REVOCATORIA** del numeral **TERCERO** del **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 016 del 30 de noviembre de 2023**, notificado en el 04 de diciembre de 2023, y, por consiguiente, se desvincule a mi representada como tercero civilmente responsable la compañía **HDI SEGUROS S.A.** por todo lo expuesto anteriormente.

TERCERO: En el remoto evento que el despacho no revoque el **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 016 del 30 de noviembre de 2023**, respetuosamente solicito se tenga en cuenta las condiciones generales y particulares de los contratos de seguros vinculados al proceso y modifique la cuantía, pues **HDI SEGUROS S.A.** únicamente podrá responder hasta **40.00%** del valor de la pérdida.

CAPÍTULO IV. NOTIFICACIONES

El suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212 de la ciudad de Cali. Email: notificaciones@gha.com.co

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.