

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI
DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

secretariacomun@contraloriacali.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE
RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF. No. 1900.27.06.23.1543
ENTIDAD AFECTADA: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL
MEDIO AMBIENTE (DAGMA)
VINCULADOS: FRANCY RESTREPO APARICIO Y OTROS
TERCERO VINCULADO: ASEGURADORA SOLIDAIRA DE COLOMBIA
Y OTROS

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO No. 1900.27.06.23.153 de calenda 25 de agosto de 2023 *“POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA UN PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL”*

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la 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 general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C y sucursal en esta ciudad, identificada con NIT. 891.700.037-9, tal como se encuentra acreditado al interior del expediente, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA No. 1900.27.06.23.153** de calenda 25 de agosto de 2023, solicitando desde ya que mi procurada sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello, conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la investigación Fiscal:

El proceso responsabilidad aquí discutido tiene como antecedente el hallazgo fiscal No. 19 elaborado con ocasión a la actuación de auditoría realizada al Departamento Administrativo del Medio Ambiente -DAGMA- para la vigencia 2021, en virtud del contrato de obra Nro. 4133.0.10.26.1.1000-2021, cuyo objeto consistió en: *“realizar labores de recuperación ambiental y paisajística en el parque de la biodiversidad del barrio Llano Verde y desarrollar una estrategia sostenible comunitaria en el parque de la biodiversidad del barrio Llano Verde”*, dónde el ente de control describe la ocurrencia de un presunto detrimento patrimonial por el *“evidente deterioro de piso en caucho reciclado en zona de juegos de niños, ítems que se encuentran reconocidos y pagados en el acta de obra Nro. 1, por \$43.733.036,10”*

Con ocasión del hallazgo Nro. 19 encontrado en la auditoria realizada, mediante Auto No. 1900.27.05.23.038 del 27 de febrero de 2023, el despacho decide iniciar indagación preliminar, disponiendo la práctica de pruebas documentales y ordenando al Departamento Administrativo del Medio Ambiente -DAGMA-, brindar información sobre el acta de terminación y liquidación del contrato de obra Nro. 4133.0.10.26.1.1000-2021, copia de los comprobantes de pago y facturas que sirvieron de soporte para efectuar el desembolso por parte de la entidad afectada y en favor del contratista, respecto del ítem denominado “PISO EN CAUCHO CONTINUO-EN ZONA DE JUEGO DE NIÑOS” y finalmente, los documentos soportes y/o evidencias de ejecución del contrato de conformidad con las obligaciones contractuales pactadas.

En atención a dicho requerimiento, de manera oportuna, a través de oficio del 22 de marzo de 2023, la Dra. Francly Restrepo Aparicio en su condición de directora del DAGMA, remitió la información y documentos solicitados por el ente de control, aclarando que para dicha fecha no se contaba con acta de liquidación de contrato, sin embargo, allegó el informe final del 29 de junio de 2022 elaborado por la interventoría y que daba cuenta del estado de ejecución del contrato a la fecha de terminación del mismo. En dicho informe es posible observar que el contratista cumplió a cabalidad con las obligaciones contenidas en el contrato de obra y así mismo el DAGMA como supervisor del mismo, del que se precisa lo siguiente:

1.1.2 ZONA RECREACIÓN NIÑEZ

La zona de la niñez está conformada por un área aproximada de 281,98 m2. Los juegos infantiles que debían ser colocados en el área citada no fue posible ubicarlos en la zona debido a solicitud expresa de la comunidad quienes se opusieron dejar instalar los juegos en la parte continua a la corona del talud aduciendo riesgos a la comunidad infantil. Dicha solicitud se da posterior a la construcción de las placas en concreto y a la socialización de los juegos, el requerimiento se realiza una vez iniciada la actividad de instalación.

Por tal motivo no fueron instalados juegos infantiles en esta zona, por el contrario, el contratista tenía la obligación de colocar en la ZONA ESTANCIA JUEGOS DE MESA los juegos de mesa y parque inmobiliario de los cuales fueron colocados 10 bancas tipo cubo en la que inicialmente era denominada zona de recreación familiar.

De lo anterior es posible indicar, que el contratista no pudo en principio realizar las obras tal como estaban contempladas en el contrato y sus anexos técnicos, en virtud de la oposición que sobre el lugar de la ubicación de la zona de juegos realizó la comunidad del barrio Llano Verde, situación que fue comunicada oportunamente al ente de control, tal como se aprecia en la versión libre rendida por la representante legal del Consorcio Interventor 2021, no obstante el contratista realizó la modificación del lugar de instalación de la zona de juegos, para dar cumplimiento al objeto contratado.

Respecto a la instalación del piso en caucho, circunstancia que fue objeto de hallazgo fiscal, se observa del precitado informe final de interventoría de obra, que dicho piso se construyó de conformidad con los documentos contractuales y las condiciones pactadas, sin embargo, el deterioro evidenciado en la auditoría tuvo lugar con ocasión del mal uso de estas obras por parte de la comunidad beneficiada, en tanto habían personas montando bicicleta, conduciendo motocicletas e incluso convirtiendo el área en una zona de consumo de sustancias prohibidas. Adicionalmente, la Dra. Francy Restrepo Aparicio allegó al plenario de manera oportuna, las facturas correspondientes a la compra del piso en caucho que fue implementado y así mismo, material fotográfico que da cuenta de las obras ejecutadas y las fechas en las que se llevaron a cabo las mismas, documentos que permiten concluir el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas.

Pese a lo anterior, el ente de control decide mediante Auto No. 1900.27.06.23.153 del 25 de agosto de 2023, dar apertura formal al proceso ordinario de responsabilidad fiscal de la referencia, sin fundamento fácticos y jurídicos concretos, además, desconociendo las pruebas aportadas por los presuntos responsables, con las que se demuestra el cumplimiento de las obligaciones y actividades contenidas en el contrato de obra y evidenciadas en el informe final, incluso, sin tener en cuenta que el presunto mal estado del piso en caucho se debe a la mala utilización de este espacio por parte de terceros (comunidad beneficiada con la obra). Argumenta el ente de control que la no ejecución del piso en caucho en forma correcta, enmarca una presunta violación al artículo 209 de la Constitución Política de Colombia el cual hace referencia a la función administrativa, ocasionando, según el dicho del ente investigador, por una presunta falta de control y verificación por parte del interventor y supervisor, lo que conllevó al pago de ítems no ejecutados, disminuyendo la calidad de la obra y la capacidad de servicio o vida útil, generándose con ello un supuesto detrimento patrimonial.

Finalmente, sin **ningún tipo de prueba**, además, desconociendo los compromisos adquiridos por la comunidad sobre el uso adecuado de dicho piso que se evidencia en el acta de reunión suscrita con esta, la Contraloría indica que los daños que se presentan en el piso de caucho no pueden ser justificados por haber sido sometidos a tráfico de motocicletas y bicicletas, en tanto no se reflejan dichas acciones, de tal suerte que a su juicio, los daños obedecen a las deficiencias en la calidad del material e insumos empleados para el acondicionamiento de este espacio.

En este sentido, mediante Auto de apertura Nro. 1900.27.06.23.153 del 25 de agosto de 2023, la Contraloría, sin pruebas que soporten jurídicamente lo antes descrito, determinó como cuantía de este proceso la suma de \$43.733.036 Pesos M/cte y vinculó como presuntos responsables fiscales:

- **Francy Restrepo Aparicio**, identificada con la C.C. No. 66.905.024 quien ejerció el cargo de Directora Administrativa del Departamento Administrativo del Medio Ambiente -DAGMA-.
- **Consortio S.A.**, identificado con Nit 901.432.567-6, en calidad de contratista y representado legalmente por Leonardo Álvarez López, identificado con C.C. No. 10.009.965.
- **Oscar William Villani Romero**, identificado con C.C. No. 16.799.084 quien ejerció el cargo de Subdirector de Ecosistemas y UMATA – DAGMA (supervisor del contrato).
- **Consortio interventor**, identificado con Nit 901.534.446-1, representado legalmente por Claudia Fernanda Urrutia Sánchez, identificada con C.C. Nro. 34.678.932
- **Rubén Darío Ruiz**, identificado con C.C. Nro. 1.130.618.941 en calidad de apoyo a la supervisión.

De igual forma, se vinculó en calidad de tercero civilmente responsable a las siguientes compañías de seguros:

- **Aseguradora Solidaria De Colombia.** (Aseguradora líder), en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002, **vigencia del 28/02/2023 al 15/11/2023.**
- **Mapfre Seguros Generales De Colombia S.A.** (Coaseguradora), en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002, **vigencia del 28/02/2023 al 15/11/2023.** Con un porcentaje de participación del 20%
- **La Previsora Compañía De Seguros S.A.** (Coaseguradora), en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002, **vigencia del 28/02/2023 al 15/11/2023.** Con un porcentaje de participación del 30%
- **Chubb Seguros Colombia S.A.** (Coaseguradora), en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002, **vigencia del 28/02/2023 al 15/11/2023.** Con un porcentaje de participación del 10%

Ahora bien, tal y como se explicará a continuación, la Contraloría General de Santiago de Cali incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha póliza de seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que no nace la obligación indemnizatoria contenida en la precitada póliza, en tanto no se ha realizado el riesgo asegurado en la misma, por lo que resaltamos que nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicitamos

desde ya **la desvinculación** de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

No obstante, antes de exponer los argumentos mencionados, que justifican la desvinculación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. en calidad de tercero civilmente responsable, a continuación, nos pronunciaremos sobre el proceso de responsabilidad fiscal propiamente dicho, solicitando la desvinculación de los presuntos responsables ya mencionados y en consecuencia, que se ordene el archivo del PRF No. 1900.27.06.23.1543 que cursa actualmente ante su despacho, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita 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 mucho menos, un daño patrimonial a la administración pública (DAGMA).

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

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

ARTICULO 5. 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.

En concordancia con lo anterior, hay que remitirse al artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, en el que se indica claramente que el grado de culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal deberá ser el de dolo o culpa grave:

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.

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.”¹

En este sentido, a continuación se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. 1900.27.06.23.1543.

A. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – INEXISTENCIA DEL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso disciplinario 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.

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 22 de febrero de 2018, Expediente 2108483, C.P. Alberto Yepes Barreiro

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).²

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en los mismos términos, al establecer que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, definitivamente debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. No obstante, no cualquier tipo de daño es susceptible de ser resarcido en un proceso fiscal, sino solo aquél que se encuentre debidamente acreditado, y que además, se predique respecto de una entidad u organismo estatal en concreto. Lo previamente explicado fue analizado tal y como se expone a continuación:

*"La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir,***

² Ibidem.

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)

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

En el presente caso que aquí nos convoca no se han configurado los elementos sine qua non para que se estructure una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, ya que el ente de control evoca supuestas irregularidades, por la no ejecución de actividades previamente autorizadas y pagadas por la ordenadora del gasto, en virtud del contrato de obra Nro. 4133.010.26.1.1000-2021, en tanto que para la vigencia del 2021 se autorizó y pagó ítems correspondientes al piso en caucho de la zona de juegos infantiles, que presentó daños incluso antes de la terminación del contrato, considerando que ello se debió a la mala calidad del material y/o de los insumos empleados para la adecuación del espacio, conjeturas subjetivas carentes de pruebas fácticas, técnicas y jurídicas suficientes para acreditar una supuesta lesión al patrimonio público, desconociendo además las pruebas aportadas por los presuntos responsables desde la indagación preliminar, con las que es posible desvirtuar el supuesto detrimento.

En efecto, el ente de control no aportó al 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 vigilancia del contrato de obra No. 4133.010.26.1.1000-2021, ya que se limita a denunciar la mala calidad del piso en caucho empleado para la adecuación del espacio (zona de juegos infantiles), sin ninguna prueba técnica que acredite tal afirmación. No obstante, es valioso indicar que contrario a lo afirmado por la Contraloría, el DAGMA acreditó la correcta supervisión y ejecución del contrato de obra en mención, de allí que al realizar el respectivo acompañamiento para evaluar la calidad y correcta ejecución de las obras, la interventoría revisó las actividades inherentes a la instalación del piso en caucho, las cuales se vieron afectados por el actuar de terceros (comunidad beneficiada con la obra), quienes a pesar de las recomendaciones realizadas durante el proceso de instalación del piso y una vez terminada la actividad, convirtieron el área en zona de encuentro para el consumo de sustancias prohibidas y parqueadero de vehículos, es decir, un actuar completamente ajeno y que se escapa de la órbita de competencia de los presuntos responsables.

³ 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.

En virtud de lo anterior, la interventoría en aras de verificar el estado de las obras posteriores a la terminación de la ejecución de actividades contractuales, realizó las visitas de revisión y evaluación de las mismas. Por ello, el 13 de septiembre de 2022 en virtud de un proceso de seguimiento, se evidenciaron daños puntuales al piso en caucho por lo que se requirió al contratista adelantar los trabajos de reparaciones de acuerdo a las instrucciones impartidas y solicitó convocar a una reunión *in situ* a los involucrados en el proyecto (comunidad y entidad contratante), para socializar la necesidad de hacer uso adecuado de las obras construidas. Dicha reunión se llevó a cabo el 16 de septiembre de 2022, tal como se acreditó con los documentos allegados al expediente. Miremos:

Acta de reunión con la comunidad:

	ACTA DE REUNIÓN ENTREGA DE OBRAS	ACTA DE REUNIÓN COMUNIDAD	SI	
	Fecha No. 472/2022-1180-2021	FECHA	16 09 2022	
	CONTRATO DE INTERVENCIÓN	HORA	10:00 AM	

	ACTA DE REUNIÓN ENTREGA DE OBRAS	ACTA DE REUNIÓN COMUNIDAD	SI	
	Fecha No. 472/2022-1180-2021	FECHA	16 09 2022	
	CONTRATO DE INTERVENCIÓN	HORA	10:00 AM	

Desarrollo de la Reunión

1. Se actúa que el objeto de la reunión es socializar los manuales de uso para durabilidad de los trabajos construidos hasta la fecha (jugos infantiles) los cuales corresponden a juegos infantiles y piso en caucho. Se deja constancia que el juego cucu deberá ser reparado por el contratista. Los demás juegos se encuentran en buen estado. Se realiza entrega de manuales de uso físico y digital en aras de evitar el deterioro de los juegos.
2. La comunidad solicita información respecto a los juegos de mesa y pin pong. El contratista de manera conjunta con la interventoría realizará una revisión de los faltantes para definir fecha de instalación y/o justificación.

3. La comunidad sugiere el nombre del parque "Pabellón por la vida y la voz" tema que será socializado con la Entidad contratante.
4. Socializar informe completo del presupuesto ejecutado fecha martes 27/09/2022.

Se cierra la reunión a los 16/09/2022 a las 2:30 pm.

[Signature]
Leonardo Nunez
Contratista R/I

[Signature]
Claudia Umitta
Interventoría

[Signature]
Dorner Carriz Fundación 315576239

[Signature]
Yuleque Cabe JAC Vicepresidente 3177060778

[Signature]
Sandra María Guzmán concepcionista 3183151274

[Signature]
JAC - Secretario suplente

ACTA DE REVISIÓN		ACTA DE REVISIÓN		SI	
EMPRESA DE OBRAS		COMPROBADO		SI	
FECHA		FECHA		SI	
HORA		HORA		SI	
CONTRATISTA		CONTRATISTA		SI	
MATERIA		MATERIA		SI	
Blanca Olga Salazar Aranda CC 43.645776 3114090750 MIRIAM DOMINGUEZ CC 21.389304 2022833257 Piedad Vallejo Romero C.C. 59.666.229 Celular 3204494669 Amalia Romero C.C. 221199202 Cel. 3122345095 MARIA BERTA GARCIA 21779.286 Celular 3116132367					



De lo anterior se evidencia con claridad, en primer lugar, que el contrato de obra se ejecutó en debida forma de acuerdo a las obligaciones convenidas y, en segundo lugar, que el equipo interventor cumplió a cabalidad con su función de vigilancia y control, realizando los requerimientos necesarios al contratista en aras de garantizar la estabilidad y durabilidad de las obras, así mismo, se demuestra del anterior material probatorio, que la comunidad beneficiaria de la obra fue convocada a hacer buen uso del espacio entregado. En consecuencia, es posible advertir que los daños que se presentaron en el piso en caucho tuvieron lugar con ocasión de las actuaciones de terceros, quienes dieron uso incorrecto a las obras e inobservaron los manuales de uso que previamente habían sido socializados con la comunidad; sin que exista prueba alguna en el expediente que permita acreditar, que los daños evidenciados por la Contraloría, calificados a título de detrimento patrimonial, obedecieran a una mala calidad de los materiales o insumos empleados por el contratista.

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 adelantar una posterior imputación 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.

Resulta importante dejar claro que ante los hallazgos encontrados en la auditoría que llevaron a la apertura de la investigación preliminar y posteriormente a la apertura de este proceso, los presuntos responsables acreditaron de forma idónea el cumplimiento de su deber en la supervisión del contrato y la ejecución por parte del Consorcio S.A. de las actividades que fueron autorizadas, pagadas y soportadas en las pruebas allegadas desde la indagación preliminar, tales como fotografías, informe final de supervisión del contrato, facturas de compra, reuniones de socialización del uso adecuado de las obras realizadas, entre otras.

Así las cosas, es posible indicar que existió una correcta ejecución del contrato de obra investigado, de tal suerte que le asistía razón al DAGMA en autorizar y pagar por las actividades desarrolladas, pese a que la Contraloría desconoció el valor probatorio de los anexos de los cuales se observa el cabal cumplimiento. Por lo anterior es que evidenciamos la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, de tal suerte 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.”

Teniendo en cuenta lo anterior, al no existir certeza sobre el daño patrimonial sobre el daño patrimonial presuntamente causado, no procede una condena por responsabilidad fiscal en este caso, tal como lo estipula el artículo 23 de la Ley 610 del 2000, en consecuencia, solicito al despacho proceder con el archivo del proceso de responsabilidad fiscal de la referencia, en los términos antes expuestos.

B. CADUCÓ EL TÉRMINO PARA PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN, POR LO QUE DEBERÁ ARCHIVARSE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

A lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado por las presuntas irregularidades en las que incurrió el DAGMA, cuando autorizó y pagó el ítem “*PISO EN CAUCHO CONTINUO-EN ZONA DE JUEGO DE NIÑOS*”, en el marco de la ejecución del contrato de obra No. 4133.010.26.1.1000-2021, suscrito con el Consorcio S.A, situación por la cual se dio **apertura al proceso de responsabilidad fiscal mediante auto No. 1900.27.06.23.153**

de calenda 25 de agosto de 2023. Sin embargo, **caducó el término para proferir auto de imputación**, toda vez que de acuerdo a lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Situación que no ocurrió en el caso concreto, pues hasta la fecha el ente de control lleva más de once (11) meses sin proferir auto de imputación, por lo que claramente **caducó el término para proferir auto de imputación**, y su consecuencia jurídica es archivar la presente investigación fiscal.

Al respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos relacionados de caducidad deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*⁴

Ahora bien, en forma específica al fenómeno de la caducidad, la Corte Constitucional en sentencia C-250 de 2011, estableció que *“la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declara por el juez oficiosamente”*.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Tal y como lo prevé la norma señalada anteriormente:

*“Artículo 45.Término. **El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.***

*Artículo 46.Decisión. **Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal,** mediante providencia motivada, según sea el caso.” (Negrilla y subrayada por fuera del texto original)*

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el ente de control contaba con cinco (5) meses a partir del auto de apertura para proferir auto de archivo o auto de imputación, situación que no ocurrió en el caso *sub-examine*, toda vez que hasta la fecha han pasado más de once (11) meses sin que se proferiera auto de imputación, por lo tanto, es evidente que caducó el término para proferir auto de imputación y su consecuencia jurídica, como ya se ilustró, es proferir auto de archivo respecto de la presente investigación fiscal.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que, resulta jurídicamente improcedente continuar con el proceso de responsabilidad fiscal respecto de los hechos ocurridos en el año 2021, por cuanto se reúnen los presupuestos para su archivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

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

En este sentido, debiéndose archivar el proceso de responsabilidad fiscal mediante el cual se estudian los hechos aquí investigados, resulta procedente concluir que no es válido afectar ningún amparo que hubiere sido otorgado respecto de los hechos que aquí se debaten.

En conclusión, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto se ha configurado el fenómeno jurídico de la caducidad para proferir auto de imputación y, en consecuencia, es procedente dar trámite al archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal.

C. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

Es menester acotar que, de conformidad con el acervo probatorio de este proceso, no existen elementos de pruebas que denoten que aquí existió una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los imputados.

Es de suma importancia ponerle de presente al despacho que, en cuanto a la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento subjetivo no puede ser uno distinto del dolo o de la culpa grave. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o gravemente culposa.

Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 del 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.**⁵ (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

⁵ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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 presuntos responsables puede ser catalogada como tal, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario.

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.” (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).”⁶* (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.

⁶ 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

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 (...)**” (Negrilla fuera del texto original)⁷*

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.

En el presente caso no se evidencia que por parte de los presuntos responsables haya existido una negligencia de tal envergadura, puesto que, con la información recopilada hasta el momento, no puede establecerse la concreción de un supuesto daño patrimonial, ni puede endilgarse responsabilidad fiscal alguna a los investigados, pues no se demostró que efectivamente se hubiera configurado una conducta inadecuada, ni que estas hubieran sido causadas de forma dolosa o gravemente culposa por los encartados en este caso.

Al respecto, es importante recordar que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal.

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. 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 las personas vinculadas a título de presuntos responsables puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

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 que nos ocupa.

D. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LOS IMPUTADOS Y UN SUPUESTO DAÑO

Para declarar el tipo de responsabilidad que aquí se estudia debe existir un nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Así lo expresa específicamente la Ley 610 del 2000 en su artículo 5:

“Artículo 5. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

En similar sentido, también lo ha expresado el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 13 de diciembre de 2012:

“Debe precisar la sala, que el nexo causal es la relación que existe entre un hecho antecedente y un resultado, de forma tal que, si el primero no se hubiere presentado, el segundo tampoco”⁸

En este caso, por los argumentos esgrimidos anteriormente, es decir, la inexistencia de un daño patrimonial al Estado y una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento, de suerte que no concurren los elementos *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados, motivo por el cual, se solicita comedidamente proceder con el archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. COMO COASEGURADORA.

Antes de referirme a las razones por las cuales la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría General de Santiago de Cali debe desvincular a mi representada

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, 13 de diciembre de 2012, C.P. Guillermo Vargas Ayala

en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la compañía de seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el operador fiscal no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

“Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”

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

*“El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza. **Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado**, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario **la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas**.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

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

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

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

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

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

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

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

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

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la República 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.*¹¹ (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de las pólizas invocadas para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre y cuando no se configure alguna causal de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro, ya sea de orden legal o contractual.

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. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002 Anexo 0, cuya vigencia estuvo comprendida desde el 28/02/2023 al 15/11/2023, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos materia de investigación fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos de defensa por los cuales se solicita la desvinculación de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, así:

A. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA No. 965-87-994000000002.

Es fundamental que el operador fiscal 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)⁹

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 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 fuera del texto original).

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las compañías 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 enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

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

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los sujetos vinculados al presente trámite, a título de presuntos responsables, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002 Anexo 0, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el operador fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el No. 1900.27.06.23.1543.

B. EN CASO DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, ELLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta de los investigados, 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 presuntos responsables, la compañía aseguradora no estará 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.**” (Énfasis añadido).*

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectivas la póliza vinculada al proceso que nos atañe. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** del PRF identificado bajo el No. 1900.27.06.23.1543, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados por la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002 Anexo 0.

C. LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965-87-994000000002-ANEXO 0, NO OFRECE COBERTURA RESPECTO DE LOS ACTOS IMPUTABLES AL CONTRATISTA NI FRENTE AQUELLOS CARGOS O FUNCIONARIOS QUE NO SE ENCUENTREN EXPRESAMENTE RELACIONADOS EN LA PÓLIZA.

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0, solo ampara a la entidad estatal contra los actos incorrectos de los servidores públicos que se encuentren expresamente incluidos en el pliego de condiciones y relacionados en el condicionado particular de la aludida Póliza, por lo tanto, de acreditarse que el presunto detrimento es imputable a un servidor público no relacionado en la póliza o al contratista, la póliza no ofrece cobertura desde el plano material.

Como se puede observar, en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, expedida por la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C., cuyo tomador es el Distrito Especial de Santiago de Cali, y en el que mi representada funge como coaseguradora, se concertó el siguiente objeto:

“Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados al DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI y/o al Estado, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los

Servidores Públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, **cuyos cargos se relacionan en el presente Pliego de Condiciones.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

A su vez, en el clausulado general de la póliza se delimitó lo que, para efectos de la póliza, se entiende como “*Servidor Público*”, así:

“14.1 ASEGURADOS: La entidad Tomadora y las personas que, durante la vigencia de esta póliza, **tengan calidad de servidores públicos vinculados en cargos de nómina de la entidad tomadora, siempre que estén indicados en la carátula o anexos de ésta póliza.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Tal como se encuentra estipulado en la póliza en cuestión, la co-aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., solo estará llamada a responder por los riesgos que en virtud del contrato de seguro asumió, esto es aquellos que garantiza la póliza, causados por los servidores públicos adscritos al Distrito Especial de Santiago de Cali y que se encuentran incluidos en el pliego de condiciones. En ese sentido, de hallarse probado que el menoscabo o detrimento patrimonial se encuentra en cabeza de un servidor público no relacionado en la póliza o que el mismo se configuró por causa imputable al contratista, la obligación condicional, a cargo de la aseguradora, se tornaría inexigible, pues dicho riesgo no se encuentra amparado en la póliza.

Por lo anterior, en el evento de encontrarse probado que el presunto detrimento es imputable a un servidor público no relacionado en la póliza o que el mismo solo resulta reprochable directamente al contratista, la póliza de seguro de responsabilidad civil servidores públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, no ofrecería ningún tipo de cobertura desde el ámbito material y, en tal virtud, no podría hacerse exigible obligación indemnizatoria alguna.

D. FALTA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965-87-994000000002-ANEXO 0, FRENTE A LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS.

En la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, se pactaron unas exclusiones de amparo, por lo tanto, de acreditarse una o varias de ellas, la póliza en mención no ofrecería cobertura.

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 Página 41 de 51 MCAO 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”¹⁰

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. Ahora, frente al tema, también hay que tener en cuenta el concepto No. 19999055614-2 emitido por la Superintendencia Financiera 15, que al respecto ha dicho:

“En relación con la exclusión: Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado.

*Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que sólo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, **adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato***

¹⁰ 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.

de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones”¹¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En ese sentido, es menester señalar que la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0, en sus condiciones generales señala una serie de exclusiones relativas al amparo que se pretende afectar. Así las cosas, ante la eventual y remota situación en que se halle físicamente responsables a los investigados, esta responsabilidad no podrá ser trasladada a mi representada MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., pues las partes acordaron expresamente, dentro del marco de la libertad negocial y contractual, pactar como exclusión de responsabilidad las señaladas en las condiciones generales de la póliza, que se enuncian a continuación:

“1.6. EXCLUSIONES:

En ningún caso estará cubierta la responsabilidad generada por:

- a) Pérdidas o daños causados por actos dolosos o criminales cometidos por los asegurados.*
- b) Daños o pérdidas ocasionadas por los asegurados por incurrir en cualquiera de las faltas disciplinarias descritas en el Artículo 25 FALTAS GRAVISIMAS del Código Disciplinario Único (Ley 200 de 1995).*
- c) Ventajas, beneficios o retribuciones otorgadas a favor de los funcionarios asegurados y a cargo de la entidad en contra de lo dispuesto en la ley, los estatutos, decretos o normas internas.*
- d) No se ampara cualquier reclamación de terceros que surja o provenga de un hecho, circunstancia o evento de advertencia el cual induciría a una persona razonable a creer que podría dar resultado a un reclamo donde tal hecho, circunstancia o evento el asegurado estaba advertido previamente a la fecha de iniciación de esta póliza.*
- e) Daños, pérdidas o faltantes causados por depreciación o pérdida de inversiones resultado de fluctuaciones en los mercados financieros. Así como los perjuicios por el incumplimiento de contratos.*
- f) El valor de multas, sanciones penales o administrativas impuestas al tomador o a los asegurados*
- g) Servicios profesionales realizados por los funcionarios asegurados en beneficio de otra entidad o persona diferente del tomador, o por fuera de las funciones que le corresponden.*
- h) No se cubren actuaciones de funcionarios desvinculados antes de la iniciación de la vigencia de la póliza.*

¹¹ Concepto No. 1999055614-2, febrero 09 de 2000. Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria)

- l) No se cubren perjuicios por los cambios de milenio es decir no se ampara reclamaciones cuyo origen sea la incapacidad o falla del sistema informático ya sea hardware o software para manejar adecuadamente el cambio de milenio*
- J) No se cubren los gastos y costos judiciales cuando el demandado sea el tomador de la póliza.*
- k) Tampoco daños causados por asbestos en estado natural o por sus productos, así como los daños en relación con sus operaciones y actividades que impliquen exposición a fibras de amoníaco*
- l) Daños originados directa o indirectamente por contaminación, filtración o polución de cualquier clase del medio ambiente u otras alteraciones perjudiciales del agua, aire, suelo, subsuelo o por ruidos.*
- m) Reacción nuclear, explosiones nucleares, radiación ionizante o contaminación radioactiva causada por combustible nuclear residuos nucleares provenientes de la reacción de materiales nucleares.*
- n) Garantías o avales personales otorgados por los Asegurados*
- o) La recepción, legalización u ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales o el producto de la enajenación de éstos.*
- p) Accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Lesiones o muerte de cualquier persona.*
- q) Pérdida o daño causados por guerra, invasión, actos de enemigo extranjero, hostilidades u operaciones bélicas (exista o no declaración de guerra), guerra civil insurrección, rebelión, revolución, huelga, insurrección, conmoción civil, golpe de estado civil o militar, ley marcial asonada o confiscación o destrucción por cualquier acto de autoridad gubernamental o pública legítimamente constituida.*
- r) Daños o pérdidas ocasionadas por automotores de uso terrestre, aeronaves, embarcaciones, maquinaria pesada de propiedad del asegurado o se que hallen transitoria o permanentemente a su servicio.*
- s) Mermas, diferencia de inventarios, desapariciones o daños que sufran los bienes o valores del Tomador por cualquier causa no imputable a los asegurados.*
- t) Daños o pérdidas que sufra cualquier tipo de bienes tangibles de propiedad de terceros.*
- u) Se excluyen los perjuicios causados o relativos al silencio administrativo positivo.*
- v) Infracción de derechos de autor.”*

En conclusión, al configurarse alguna de las exclusiones mencionadas anteriormente y contenidas en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002 Anexo 0, deben considerarse las mismas al momento de emitir una decisión de fondo, pues de presentarse alguna de éstas, es claro que la aseguradora se releva de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización, puesto que así quedó expresamente pactado en la póliza y, en consecuencia, deberá declararse entonces la respectiva exoneración de obligación indemnizatoria en cabeza de mi procurada.

E. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción a la cuantía de su participación porcentual, de acuerdo al coaseguro concertado en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0.

Debe señalarse, que la relación sustancial entre el Distrito Especial de Santiago de Cali y la aseguradora **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, surge y se materializa con el contrato de seguro documentado en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0.

Así las cosas, la vinculación de mi defendida se basa en un contrato de seguro, tomado en un tipo contractual denominado coaseguro, el cual se presenta cuando el asegurado promueve o asiente la celebración de un acuerdo entre dos o más aseguradoras, con el fin de distribuir entre ellas el interés y riesgos asegurados. Cuya formalización, además, está sometida a la obligatoria reunión de las condiciones establecidas en el artículo 1094 del código de comercio, aplicable por remisión expresa del artículo 1095 ibídem. Es decir, se requiere que concurren "(...) 1. *Diversidad de aseguradores*, 2. *Identidad de asegurado*; 3. *Identidad de interés asegurado*, y 4. *Identidad de riesgo*".

En este orden de ideas, puede afirmarse que quienes participan en un coaseguro son un conjunto de compañías de seguros, entre las cuales no existen relaciones recíprocas de aseguramiento, pues tales aseguradoras asumen responsabilidades individuales frente a un mismo riesgo, cuya iniciativa nace del asegurado que quiere hacerlas partícipes o de una de estas con la aceptación del interesado, para efectos de hacer la repartición del riesgo.

Así las cosas, se precisa que en Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0, se pactó un coaseguro, que se detalla a continuación:

COASEGURO CEDIDO		
NOMBRE COMPAÑIA	%PART	VALOR ASEGURADO
LA PREVISORA	30.00	
MAPFRE	20.00	
CHUBB SEGUROS COLOMBIA	10.00	

La póliza en mención fue tomada en coaseguro por las compañías Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. (40%), La Previsora S.A. Compañía de Seguros (30%), Chubb Seguros Colombia S.A (10%) y mi representada Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (20%).

De lo anterior se colige que, en caso de una eventual condena en contra de la aseguradora **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, frente a los riesgos cubiertos por la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-99400000002-Anexo 0, el operador fiscal deberá limitar la cuantía de la misma, en contra de mi procurada, al porcentaje de participación que ella tiene en virtud del coaseguro, que en el caso estudiado corresponde al **20,00%**, por cuanto no existe solidaridad entre las coaseguradoras, debiendo responder cada una por el porcentaje de participación otorgado al asegurado.

Así las cosas, la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-99400000002- Anexo 0, fue suscrita en la modalidad de coaseguro, respectivamente, por lo tanto, dada la existencia del coaseguro, cada compañía de seguros asumió un porcentaje determinado, destacándose que ni siquiera en el improbable caso de acreditarse la existencia de un detrimento patrimonial en cabeza de los presuntos responsables fiscales, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Se reitera, que en el coaseguro las aseguradoras no son responsables de forma solidaria, tal como se desprende de la lectura del artículo 1092 del Código de Comercio, pues cada una responderá por el porcentaje de participación en el contrato de seguro.

La figura del coaseguro, como se manifestó en el párrafo precedente, se encuentra regulada en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual 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.”*

Lo estipulado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del mismo estatuto, 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”.*

El Consejo de Estado, frente al tema, en reciente jurisprudencia puntualizó que no existe solidaridad entre las coaseguradoras, en los siguientes términos:

“(...)

18.1.- En atención al coaseguro existente, se precisa que la llamada en garantía reembolsará únicamente el 55% de lo que llegue a pagar el Municipio de Santiago de Cali, pues, en estos eventos, 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:

<<La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro <<el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos>>7”.

Así las cosas, ante una remota condena en contra de mi prohijada, con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, la responsabilidad de la aseguradora no podrá exceder el porcentaje pactado en la póliza (20,00%).

F. LÍMITE MÁXIMO DE ASEGURABILIDAD, SUJETO AL AGOTAMIENTO DE LA SUMA ASEGURADA.

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que en la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0 se pactó un límite máximo de asegurabilidad por evento, por lo tanto, ante una eventual obligación que se le imponga a mi procurada por parte del órgano fiscal, se precisa que esta no podrá sobrepasar el monto del límite asegurado en dicha póliza.

Para determinar el monto asegurado, debemos sujetarnos a lo dispuesto en las condiciones particulares de la póliza y en la carátula de la misma, pues en ellas se establecieron unos topes máximos por cobertura, como se observa en el siguiente recuadro:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 5,000,000,000.00
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		5,000,000,000.00

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir los límites máximos por cobertura asegurados en la póliza. En igual sentido, se precisa que, de conformidad con el auto de apertura del

Proceso de Responsabilidad Fiscal, la descripción de los hechos que en él se exponen se enmarcan dentro del amparo denominado en la póliza como “*ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS*”, cuyo valor asegurado es la suma de \$5.000.000.000 Pesos M/cte, por lo tanto, este es el límite máximo de asegurabilidad, en caso de hallarse la responsabilidad fiscal de los vinculados y establecerse, luego de un análisis serio y riguroso por parte del órgano de control, que la póliza ofrece cobertura.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el límite de asegurabilidad, se encuentra supeditado a las condiciones pactadas en el contrato de seguro, a saber: *la suma asegurada, el deducible y las exclusiones* que se hayan pactado. De igual manera, no se podrá obligar a la aseguradora a responder sino hasta la suma de la concurrencia asegurada, de conformidad con lo previsto en el artículo 1079 del Código de Comercio y, por tanto, el pago de una eventual indemnización estará sujeta a la disponibilidad de los fondos para realizar la cobertura, en tanto que pueden materializarse o producirse más siniestros en la misma vigencia, lo cual, por supuesto, va agotando el valor asegurado y previsto en la póliza con la cual fue vinculada mi procurada en calidad de tercero civilmente responsable.

G. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965-87-99400000002 ANEXO 0.

Sin que con el planteamiento de este argumento de defensa se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mí 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 mejor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado en el que se imponga el deber de indemnizar a mí procurada en virtud de la afectación de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

PRIMERA: Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables y, consecuentemente, se **ORDENE EL**

ARCHIVO del proceso identificado con el radicado No. 1900.27.06.23.1543 que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI- DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita, 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.

SEGUNDA: Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de la aseguradora **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, como tercero civilmente responsable, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran que, efectivamente, la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002- Anexo 0, no presta cobertura en cuanto no se ha realizado el riesgo asegurado y amparado en el contrato de seguro.

TERCERA: Subsidiariamente solicito 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, se tengan en cuenta las condiciones particulares y generales pactadas en la póliza, esto es, el riesgo amparado, el límite del valor asegurado, los cargos amparados en la póliza, el coaseguro, las exclusiones, y demás condiciones generales y particulares previamente expuestas.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito se tengan como pruebas, las siguientes:

1. Copia de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos No. 965-87-994000000002-Anexo 0, expedida por la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. (carátula, condicionado particular y general).

VI. ANEXOS

1. Los documentos relacionados en el acápite de pruebas.
2. Certificado de existencia y representación Legal de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., documento en el que consta que el suscrito ostenta la calidad de apoderado general de la compañía.

VII. NOTIFICACIONES

Mi procurada y el suscrito apoderado recibiremos notificaciones físicas en la Avenida 6A Bis No. 35N-100 Oficina 212 (Centro Empresarial Chipichape) de la ciudad de Cali, o al correo electrónico: 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.