Señores
CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BELLO
CONTRALORÍA AUXILIAR DE RESPONSABILIDAD FISCAL
Atn. Dra. JESSA HAYLE PINO RÍOS
cad@contraloriabello.gov.co

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO:	PRF No. 003-2018
ENTIDAD AFECTADA:	MUNICIPIO DE BELLO
PRESUNTOS RESPONSABLES:	SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA Y OTROS
TERCERO VINCULADO:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. Y OTROS

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2023

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme a poder que se aporta, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DEL 5° DE DICIEMBRE DE 2023**, por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal en contra de SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA y otros y, adicionalmente, se declaró como tercero civilmente responsable a mi representada en virtud de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 530-47-994000026783, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que la notificación personal del acto administrativo por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal se efectuó el día 6 de diciembre de 2023 a mi representada y, conforme con lo establecido en el artículo 55 y 56 de la Ley 610 de 2000, frente a éste procede únicamente el recurso de reposición al tratarse de un proceso de única instancia, el cual debe interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo; el presente escrito se

presenta dentro de la oportunidad correspondiente, pues los días en que transcurrió el mentado término se contabilizan a partir del 7 de diciembre de 2023 y se extienden hasta el 14 de diciembre de 2023.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO. PRF-003-2018

Antes de exponer las razones por las cuales necesariamente el Despacho debe revocar el fallo proferido en el cual se decidió declarar civilmente responsable a mi procurada, es necesario recordar que el proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene como antecedentes cuatro (4) hallazgos con incidencia fiscal, originados en la auditoria especial realizada a la Secretaría de Deportes y Recreación del municipio de Bello para la vigencia 2016, los cuales, conforme al fallo con responsabilidad fiscal discutido, correspondieron a los siguientes:

1. El primer hallazgo administrativo se deriva del aporte realizado por FEDELIAN a los convenios 765 y 1134 de 2016, en consideración a que, en primera medida, este no es proporcional al aporte realizado por el ente territorial y, por otro lado, no hay soportes o evidencias de la ejecución del aporte que debía realizar FEDELIAN, concretamente, en lo atinente a la asesoría financiera tasada en un valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS ($40.000.000) en cada uno de los convenios.

2. El segundo hallazgo administrativo consistió en que en los convenios anteriormente referidos se realizaron pagos por concepto de gastos de administración y operación, pese a que en el instrumento contractual quedó pactado que FEDELIAN debía asumir todos los impuestos y gastos que se causen durante la ejecución del convenio.

3. El tercero hallazgo administrativo tiene su origen en que hubo pagos por valor de $164.884.703 que fueron consignados sin soportes o justificación, aunado a que fueron imputados a un convenio totalmente distinto.

4. El cuarto hallazgo administrativo fue desechado en el fallo con responsabilidad fiscal, aun así, es preciso mencionar que consistió en que existía una diferencia entre la rendición de cuentas del convenio 765 en formato Excel, y la información suministrada por la supervisora frente a dicho convenio.

Por lo anterior, el ente fiscal atribuyó una conducta gravemente culposa y dio apertura a proceso de responsabilidad fiscal en contra de los señores NORA ELENA PATIÑO CARMONA, JULIO ALBERTO VÉLEZ TRUJILLO y SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA, mediante auto No. 058 del 5 de septiembre de 2018. Conforme a lo anterior, y luego de recibir sus versiones libres, se imputó responsabilidad fiscal mediante auto No. 081 del 26 de julio de 2023.

Una vez presentados los descargos y peticiones probatorias por las partes vinculadas al proceso, además de una serie de incidentes de nulidad, se profirió Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 101 del 5 de diciembre de 2023 contra de los señores SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA, NORA ELENA PATIÑO CARMONA y JULIO ALBERTO VÉLEZ TRUJILLO, en cuantía de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS MCTE ($858.612.278), y se declaró como tercero civilmente responsable, entre otras, a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en virtud de la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en favor de Entidades Estatales No. 530-47-994000026783, la cual ampara el cumplimiento única y exclusivamente del Convenio No. 765 de 2016. Lo anterior, a pesar de que no se logró comprobar la materialización del riesgo asegurado como se entrará a desglosar.

Dicho lo anterior, procedo a manifestar y dejar en evidencia los yerros de los que adolece el fallo con responsabilidad fiscal proferido en contra de mi representada, razones por las cuales deberá ser revocado:

III. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE IMPUTA A LOS VINCULADOS

3.1. LA CONTRALORÍA NO TOMÓ EN CONSIDERACIÓN QUE EN ESTE CASO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL – NO SE LOGRÓ ACREDITAR LA AUSENCIA DE APORTES DE FEDELIAN Y, TAMPOCO QUE LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS SEAN AJENOS A ESTE TIPO DE CONVENIOS

Del fundamento jurídico y fáctico del fallo con responsabilidad fiscal, se evidencia que el ente de control fiscal no tomó en consideración que los convenios objeto de reproche fiscal tienen el carácter de convenios de asociación, regulados por lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, toda vez que fueron suscritos con una entidad privada sin ánimo de lucro (ESAL) para el desarrollo en conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones propias de la Secretaría de Recreación de Deportes y Recreación de Bello. En virtud de lo anterior, es claro que los aportes de la entidad privada pueden ser en cualquier porcentaje, y tanto en dinero como en especie. De igual forma, a pesar de que en este tipo de convenios no existe remuneración al privado, pueden reconocerse gastos de administración o indirectos por la gestión realizada, de modo que ninguno de los hallazgos podría constituir daño patrimonial en los términos del artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Al respecto, 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 5º de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

> *"ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:*
>
> *- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
> *- Un daño patrimonial al Estado.*
> *- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores (…)".*

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

> *"(…) Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurran 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*". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).[1]

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en los mismos términos al establecer que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. Sin embargo, 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, que el daño por el cual responde, se contrae***

[1] Ibidem.

> ***<u>al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto</u>***".[2] *(Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente.

Igualmente, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU - 620 de 1996, consideró que el daño patrimonial es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, y que el mismo debe cumplir las siguientes características:

> *"(…) Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse,* ***debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud.*** *En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio (…)"[3].*

- **<u>La contraloría pretendió que los presuntos responsables fiscales probaran un hecho que, en virtud de la carga probatoria, debía acreditar el ente de control fiscal</u>**

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, no podemos concluir de manera concreta y sin lugar a duda razonable que en el presente asunto se ocasionó la merma del erario público bajo los argumentos que manifiesta el ente de control. Antes de referir las pruebas y razones que acreditan lo anterior, es necesario recordar que en los procesos de responsabilidad fiscal, la carga de la prueba está en cabeza de la Contraloría, a excepción de las presunciones de dolo y culpa grave contempladas en la norma. Así lo ha considerado la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

> *"En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso"[4].*

En virtud de lo anterior, no es de recibo que la Contraloría haya encontrado acreditado el daño patrimonial luego de que en el plenario: "*(…) no se encuentra prueba que dé lugar a esa asesoría*

---

[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.
[3] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-620 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.
[4] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

financiera", pues la carga de probar el daño patrimonial es suya y no puede invertir dicha carga a los presuntos responsables fiscales, de manera que era su obligación acreditar que no se cumplió con el aporte en especie al que se obligó FEDELIAN, en lugar de dar por sentada la acreditación del daño patrimonial al considerar que, presuntamente, la entidad sin ánimo de lucro no aportó constancias de los aportes efectivamente realizados. Así, es claro que la Contraloría tiene que probar que hubo una afectación al patrimonio estatal mediante pruebas fehacientes que, en el momento procesal oportuno, los presuntos responsables fiscales pueden desvirtuar a través de otras pruebas. *Contrario sensu,* el ente de control fiscal no puede dar por acreditado el daño patrimonial por el mero hecho de que en el plenario no obre prueba de la gestión eficiente de los recursos públicos, pues -se reitera- la carga probatoria le corresponde y, en el caso concreto, no la cumplió.

- **Es perfectamente viable que en los convenios de asociación se pacten aportes en especie y en cualquier proporción por parte de la ESAL – Se acreditó el efectivo cumplimiento del aporte pactado**

Ahora bien, a efectos de desarrollar este argumento, es imperativo recordar la regulación normativa de los convenios de asociación y el análisis realizado por Colombia Compra Eficiente y otras entidades relacionadas con la materia, con el fin de precisar que, efectivamente, es posible pactar aportes en especie y de menos del 30% del valor total del convenio, como se realizó en el presente asunto.

Así pues, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 define los convenios de asociación en los siguientes términos:

> *"ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares,* ***mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley****.*
>
> *Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

> *Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común (…)".*

Como se observa, la norma no refiere que la entidad sin ánimo de lucro deba realizar aportes en dinero o en un porcentaje en específico, todo lo contrario, establece que las entidades públicas pueden celebrar convenios de este tipo con entidades sin ánimo de lucro y, en dichos instrumentos jurídicos, se deben pactar las obligaciones y aportes de las partes, dejando a la libre voluntad de ellas, la determinación de los aportes a realizar.

De la misma manera lo interpretó Colombia Compra Eficiente en Concepto C-331 de 2022, en el que advirtió:

> *"De otro lado, los convenios de asociación «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley». En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.*
>
> *De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», **elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación**".*

En este sentido, los convenios de asociación pueden pactarse entre entidades públicas y personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro con el fin de desarrollar en conjunto actividades relacionadas con las funciones asignadas a la entidad. En el convenio, se debe establecer con precisión el objeto, término, obligaciones, aportes y coordinación, sin embargo, aun cuando la ESAL siempre debe realizar aportes, estos pueden ser en dinero o especie y no hay ningún porcentaje exigido por la ley.

En virtud de lo anterior, el hallazgo No. 1 por el cual se imputó responsabilidad fiscal a los vinculados carece de asidero jurídico, en la medida que, según el ente de control fiscal, FEDELIAN debía realizar un aporte mínimo el cual, en todo caso, debía ser proporcional al aporte realizado por el municipio de Bello, exigencias que no están soportadas en la ley, pues -se reitera- la norma no hace referencia a un aporte mínimo y mucho menos proporcional al aporte de la entidad pública.

Ahora, con miras a esclarecer el asunto en el caso concreto, debe precisarse que en el convenio No. 765 de 2019 -cuyo cumplimiento fue amparado por la póliza expedida por mi procurada- quedaron pactados los aportes de las entidades, en los siguientes términos:

> *"SEXTA. VALOR DE LOS APORTES: El valor total estimado del convenio es de MIL CIENTO CINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS ($1.105.183.218).*
>
> *De los cuales el Municipio realizará un aporte en dinero de MIL TREINTA MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS ($1.030.183.218).*
> ***Y un aporte en especie por valor de SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS $75.000.000 representada en:***
>
> ***1. La dirección técnica: Seguimiento a la ejecución técnica de todos y cada uno de los programas y actividades propias del proyecto: $35.000.000.***
> ***2. La Asesoría Financiera: Seguimiento en la ejecución financiera y contable del proyecto, apertura de cuentas bancarias, liquidación y pago de proveedores e impuestos, conciliaciones bancarias, manejo y registro de la banca virtual rendición de cuentas: $40.000.000. Para un total de setenta y cinco millones de pesos. $75.000.000".***

De tal manera, el aporte de FEDELIAN fue en especie y se avaló en SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE, correspondientes a la dirección técnica y asesoría financiera en los programas y actividades propios del proyecto. Ahora, si bien no hay una definición normativa de lo que implican los aportes en especie, de lo previsto en el código de comercio y en la Ley 79 de 1988 puede colegirse que estos aportes pueden ser bienes tangibles o intangibles, y dentro de los últimos se incluye el aporte de conocimientos técnicos, trabajo, herramientas, marcas, secretos, etc. A modo de ejemplo, Colombia Compra Eficiente reconoció que los aportes en especie pueden ser: "*(…) aulas para dictar cursos o seminarios, y la ESAL dispone de ellos podrá efectuar su aporte en especie obligándose, mediante el convenio, a ponerlos a disposición para satisfacer el objeto de este"*[5].

[5] COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-560 de 2022.

Como se observa, si bien los aportes deben estar avalados, es decir, tener una valoración en dinero, puede tratarse de bienes intangibles como conocimientos técnicos y trabajo, siendo esto lo que precisamente aportó FEDELIAN en el convenio objeto de discusión, por lo que es evidente que de ello no existen soportes más allá de todas las actividades realizadas por la ESAL en relación con las actividades financieras y la dirección técnica, lo cual quedó plenamente acreditado en el plenario, tanto así que el ente de control fiscal reconoció que: *"(…) se encuentra probado que efectivamente por parte de Fedelian se contrató personal para manejar el área financiera y se cuenta con los soportes de pagos a esos profesionales",* es decir, con ello, se logró acreditar que FEDELIAN cumplió con su aporte de prestar asesoría financiera, pues liquidó y pagó a los proveedores, como se evidencia de los soportes de pago a los profesionales, siendo esta una actividad inherente a su aporte.

Por otro lado, en la norma no se previó ningún medio para soportar la ejecución de los referidos aportes y así lo reconoció Colombia Compra Eficiente en los siguientes términos: "*A su turno, en relación con los soportes que permiten comprobar la destinación de los aportes, se reitera que no existe previsión normativa al respecto y, por tanto, corresponderá a las partes determinar en el contenido del convenio de asociación la forma mediante la cual se verificará el cumplimiento de las obligaciones, lo cual incluye la destinación de los aportes"*[6]*.*

De tal manera, es dable concluir que no hay ninguna formalidad con respecto a los soportes de los aportes en especie, por lo que para su verificación es necesario acudir a lo estipulado en el respectivo convenio y, en el asunto de marras, se estipuló que FEDELIAN debía entregar un informe final detallado de todas las actividades realizadas y dicho informe se aportó, por lo que con ello basta para dar por cumplidos los aportes a los que se obligó FEDELIAN, más aun si el ente de control reconoció que existían soportes de los contratos y pagos a proveedores.

En esa medida, es evidente la inexistencia de daño patrimonial con relación al hallazgo No. 1, toda vez que FEDELIAN cumplió a cabalidad con el aporte en especie al que se comprometió.

- **El reconocimiento de gastos administrativos no contraviene la naturaleza de los convenios de asociación**

De otra parte, tampoco se encuentra acreditado el daño patrimonial atribuido a los vinculados al presente proceso de responsabilidad fiscal con relación al hallazgo No. 02, en consideración a que se adujo que no era viable pagar a FEDELIAN gastos de administración y operación con fundamento en el parágrafo primero de la cláusula sexta del convenio, sin embargo, el ente de control fiscal desconoció la libertad contractual que impera en este tipo de convenios, de modo tal que las

[6] Ibidem.

entidades públicas pueden reconocer gastos administrativos y de operación a la entidad sin ánimo de lucro, siempre que ello no suponga una remuneración, consecuentemente, por el mero hecho de haber reconocido gastos de administración y operación era imposible declarar responsabilidad fiscal en el presente asunto, evidenciando el error en que incurrió la Contraloría Municipal de Bello.

Como se adujo anteriormente, la regulación normativa con relación a los convenios de asociación es escasa, de manera que la interpretación sobre aspectos como la proporción de los aportes, la remuneración y otras circunstancias ha sido desarrollada a través de conceptos de Colombia Compra Eficiente y otras entidades. De esta manera, cabe destacar el Concepto 5719 de 2020 de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico en el que se adujo:

No obstante lo manifestado, es necesario destacar que no existe norma que establezca la imposibilidad de que la ESAL destine con dedicación parcial o exclusiva personal de su planta para el desarrollo del convenio. Considerando esto, un primer aspecto a destacar para el caso concreto es que al momento de celebrar el convenio de asociación debe existir claridad sobre los aspectos o ítems del mismo en los que se aplicarán tanto los recursos del asociado como los de la entidad. Por otra parte, se debe tener absoluta certeza sobre los costos y gastos necesarios para el desarrollo del objeto del convenio y los soportes o evidencias que se deben presentar por el asociado para dar cuenta de la ejecución de los mismos; ello supone que debe diferenciarse claramente entre los gastos de administración propios de la ESAL y los costos o gastos necesarios para el desarrollo del objeto del convenio, es decir, la carga administrativa del convenio es diferente al funcionamiento u operatividad de la ESAL; es así que la Agencia Nacional para la Contratación Estatal en Concepto No. 4201813000009364 del 18 de enero de 2019 manifestó:

> *“No obstante lo manifestado, es necesario destacar que no existe norma que establezca la imposibilidad de que la ESAL destine con dedicación parcial o exclusiva personal de su planta para el desarrollo del convenio. Considerando esto, un primer aspecto a destacar para el caso concreto es que al momento de celebrar el convenio de asociación debe existir claridad sobre los aspectos o ítems del mismo en los que se aplicarán tanto los recursos del asociado como los de la entidad. Por otra parte, se debe tener absoluta certeza sobre los costos y gastos necesarios para el desarrollo del objeto del convenio y los soportes o evidencias que se deben presentar por el asociado para dar cuenta de la ejecución de los mismos; ello supone que debe diferenciarse claramente entre los gastos de administración propios de la ESAL y los costos o gastos necesarios para el desarrollo del objeto del convenio, es decir, la carga administrativa del convenio es diferente al funcionamiento u operatividad de la ESAL; es así que la Agencia Nacional para la Contratación Estatal en Concepto No. 4201813000009364 del 18 de enero de 2019 manifestó:*
>
> > *“En los convenios de asociación la participación y aportes de las partes son definidos en el convenio en relación con el objeto y las normas que lo regulen. En ese acuerdo se expresa la voluntad de las partes y los rubros que la Entidad Estatal está dispuesta*

> *a financiar.* ***Los gastos de administración de un convenio son aquellos que se generan por el solo hecho de realizar la actividad objeto del mismo. Corresponde a la Entidad Estatal en cada caso particular determinar cuáles son los gastos que pueden incluirse en ese rubro y los soportes para que se haga efectivo el reconocimiento de estos, si hay lugar a ello****."*

> *De lo dicho hasta ahora se colige que no se puede asumir, con cargo a los aportes realizados para la ejecución de un convenio de asociación, el personal administrativo o misional dedicado al desarrollo de actividades propias de la ESAL;* ***lo anterior no significa que dicho personal no se pueda destinar por la ESAL al desarrollo de las actividades propias del convenio, caso en el cual, se deberán acordar y presentar los entregables que den cuenta de las actividades desarrolladas y de la dedicación requerida para justificar el costo de dicho personal que debe estar relacionado en los ítems de desagregación de los aportes de las partes.*** *Ello es así dado que las normas regulatorias del convenio de asociación limitan los auxilios o donaciones más no la posibilidad de pagar personal vinculado a una ESAL con los aportes del convenio cuando dicho personal realiza actividades definidas y costeadas para el cumplimiento del objeto del mismo"*[7]*.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que si bien los convenios de asociación no permiten la remuneración de actividades a las entidades sin ánimo de lucro, pueden destinarse rubros para los gastos administrativos o costos de personal relacionados con actividades propias del convenio, siempre que así se plasme en dicho instrumento. Por lo anterior, **no es posible que la Contraloría asuma que no era viable el pacto de gastos administrativos y que, por el solo hecho de su reconocimiento, se incurrió en un daño al patrimonio**; toda vez que es perfectamente factible reconocer a la entidad sin ánimo de lucro los costos en que incurre para realizar la actividad propia del convenio, máxime si ello no está relacionado con su aporte, como en el caso que nos ocupa.

Ahora, el parágrafo primero de la cláusula sexta del convenio, el cual fungió como fundamento para atribuir responsabilidad a los vinculados por el hallazgo No. 2, no hace referencia propiamente a los gastos administrativos o costos de personal de la ESAL, como erradamente lo interpretó el ente de control fiscal, sino a gastos relacionados con el trámite del convenio y de impuestos. Es por tal razón que dicha cláusula quedó pactada en los siguientes términos:

> *"PARÁGRAFO PRIMERO: FEDELIAN deberá asumir todos los impuestos y gastos que se causen durante el convenio. El valor aportado por EL MUNICIPIO será la base para* ***garantías, publicación, impuestos y retenciones y demás gastos que se causen con ocasión del presente convenio****".*

[7] Consultado en: https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=96865&dt=S

Como se observa, en la mentada estipulación se consagran los gastos que debe asumir la ESAL como lo son garantías, publicación, impuestos y retenciones, más no hace referencia a gastos administrativos como erradamente lo interpretó la Contraloría. Aun más, resulta ilógico que si la ESAL se comprometió a un aporte en especie valorado en SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($75.000.000), deba asumir gastos de administración (relacionados directamente con la ejecución del convenio) por valor de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS ($361.209.458), suma que presuntamente corresponde al daño patrimonial por el hallazgo No. 02.

En síntesis, fácil se concluye la inexistencia de merma al erario público en el caso concreto, toda vez que la norma no contempla que las entidades sin ánimo de lucro deban hacer un aporte mínimo en los convenios de asociación y, mucho menos, que deba ser en dinero, pues también es posible que las ESAL realicen su aporte en especie. De tal manera, en el Convenio No. 765 de 2016 suscrito entre el municipio de Bello y FEDELIAN se pactó que esta última realizaría su aporte en especie, esto es, aportaría sus conocimientos técnicos para la dirección técnica y asesoría financiera del proyecto. Así pues, respecto a este aporte se tienen las referidas constancias, por lo que es evidente que no hubo ningún incumplimiento de su parte con relación a los aportes.

Adicionalmente, tampoco existe daño al patrimonio público, en la medida que los gastos administrativos propios de la ESAL en los que incurra para la ejecución del convenio pueden ser reconocidos, siempre que ello se pacte en el convenio, por lo que no es posible concluir *per se* que si se reconocieron gastos administrativos, se incurrió en un daño al patrimonio, como erradamente lo consideró la Contraloría Municipal de Bello.

Bajo esta óptica, es evidente que no existe daño patrimonial, por lo que, al no probarse dicho elemento, es necesario REVOCAR el fallo con responsabilidad fiscal y absolver a los implicados de las imputaciones fiscales.

3.2. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL CASO OBJETO DE ESTUDIO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, YA QUE NO SE CONFIGURÓ LA CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

Es preciso señalar que no existe culpa grave o dolo en cabeza de los presuntos responsables, concretamente, del representante legal de FEDELIAN, en la medida que esta entidad cumplió a cabalidad con los aportes a los que se obligó en virtud del Convenio No. 765 de 2016, lo cual se puede corroborar en las actas de terminación y liquidación respectivas, tanto así que ninguno de los hallazgos se refiere a un incumplimiento por parte de la entidad sin ánimo de lucro, sino a

presuntas irregularidades en la celebración del convenio de asociación, las cuales no tienen asidero jurídico como se mencionó en el acápite anterior.

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

Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexequible específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

> "*6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."*
>
> *6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que*

puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

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

(…)

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

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

*6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor****. Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de***

> ***culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declaro inexequible en la parte resolutiva de esta Sentencia.***"[8] (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los implicados puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se deben iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandado del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

En este orden de ideas, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave de la siguiente forma:

> "*ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
>
> *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata,* ***es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios****. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo."* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Frente al particular, la Corte Suprema de Justicia definió el concepto de culpa grave tal y como se evidencia a continuación:

> *"Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta '****una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes'*** *(Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires,*

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

1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”[9] (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas más descuidadas. Ahora, en lo que respecta al dolo, nuevamente se debe abordar el ya analizado artículo 63 del C.C., el cual explica:

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

***El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Frente al particular, la Corte Suprema de Justicia definió el concepto de dolo tal y como se evidencia a continuación:

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, ***caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno****;* ***el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa*** (…)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)[10].

En otras palabras, para endilgar responsabilidad fiscal a las personas vinculadas como presuntos responsables, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público.

Ahora bien, al respecto, el ente de control adujo que el representante legal de FEDELIAN: *“(…) es quien debía cumplir con el objeto de los convenios y donde se encontraba obligado a entregar informes financieros y realizar informes detallando todas las actividades realizadas con evidencias que den cuenta de la ejecución física, así como dar el aporte en especie establecido en el artículo 6 de los convenios, situaciones en las que está objetivamente demostrado que no cumplió, así como tampoco fue diligente en la ejecución de los convenios, es decir, no se entregó por parte de FEDELIAN los soportes financieros pertinentes y completos para evitar daños y detrimento al erario, se debió ser más diligente por tratarse de recursos provenientes del Estado y como se demostró los contratos contaban con unos lineamientos financieros a seguir (…)”* y, con base en ello, adujo

[9] 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

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

que su conducta fue gravemente culposa, acreditando así el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal. Sin embargo, al detallar los hallazgos que dieron origen al presente proceso de responsabilidad fiscal, se evidencia que ninguno alude a un incumplimiento por parte de la ESAL, sino a la falta de soportes financieros y contables del aporte en especie y la ejecución de actividades. Así pues, es claro que no se demostró la culpa grave de la entidad sin ánimo de lucro, en la medida que las atribuciones se refieren única y exclusivamente a la falta de soportes financieros, aun cuando no ha quedado acreditado que se entregaron recursos a dicha entidad y que estos no fueron ejecutados.

Con relación a lo anterior, es preciso recordar que en los procesos de responsabilidad fiscal, la carga de la prueba está en cabeza de la Contraloría, a excepción de las presunciones de dolo y culpa grave contempladas en la norma. Así lo ha considerado la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

> *"En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso"*[11].

En este sentido, la contraloría debe probar todos los elementos de la responsabilidad fiscal sin presuponer la existencia de uno de ellos, salvo las presunciones contempladas en la ley, máxime considerando la naturaleza sancionatoria de los procesos de responsabilidad fiscal. De tal manera, es imposible que por el mero hecho de la inexistencia de soportes contables o financieros se declare responsable fiscal al representante legal de FEDELIAN, pues para atribuir una conducta gravemente culposa o dolosa, debió probarse que a la entidad sin ánimo de lucro se le entregaron dineros públicos que no ejecutó, sin embargo, no hay ninguna prueba que acredite dicha situación. Por el contrario, lo que evidencia la ausencia de comprobantes financieros o contables es que los mismos pudieron extraviarse o, ante su inexistencia, un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de FEDELIAN (relacionadas con la entrega de informes y soportes financieros), lo cual no supone *per se* una merma al erario público.

Así pues, no existe prueba en el expediente que acredite la culpa grave o dolo del señor JULIO ALBERTO VÉLEZ TRUJILLO, en su calidad de representante legal, toda vez que el ente de control fiscal supone la existencia de este elemento por el mero hecho de que no hay evidencia documental de la ejecución de actividades, soportes financieros o contables, sin embargo, no puede perderse de vista que la carga de la prueba está en cabeza de la Contraloría y debió acreditarse la inejecución de los recursos, lo cual no ocurrió. Lo anterior, aunado a que transcurrieron más de 4 años desde la apertura del proceso hasta su imputación, de modo tal que los soportes documentales pudieron

[11] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-620 del 13 de noviembre de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

haberse extraviado sin que ello suponga la inejecución de recursos o el incumplimiento de los aportes a cargo de FEDELIAN.

Por lo anterior, al no haber prueba de la culpa grave o dolo de los implicados, deberá revocarse la decisión y fallarse sin responsabilidad fiscal.

IV. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE ENDILGA A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Es esencial que el ente de control fiscal tenga claro que la vinculación de la Compañía Aseguradora en este tipo de causas debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de la póliza invocada 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 tiene la Compañía 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.

No obstante lo anterior, la contraloría omitió analizar las condiciones generales y particulares de las pólizas vinculadas, limitándose a señalar que la misma presta cobertura para el caso concreto, aun cuando se encontraban prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro y, adicionalmente, no se acreditó la ocurrencia del riesgo asegurado, considerando que el mismo se circunscribió a incumplimientos imputables a la ESAL con relación a la ejecución exclusivamente del Convenio No. 765 de 2016, **lo que evidencia también la ausencia de cobertura material respecto a todos los hallazgos relacionados con el Convenio No. 1136 de 2016, así como la eventual responsabilidad fiscal de los funcionarios públicos, esto es, SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA y NORA ELENA PATIÑO CARMONA, lo que desconoce la inexistencia de solidaridad.**

En virtud de lo anterior, se procederán las razones por las cuales debe revocarse el fallo con responsabilidad fiscal y desvincular a mi prohijada del presente proceso.

4.1. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE SE CONFIGURÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO

En el presente asunto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia de los hechos y/o su conocimiento hasta que se profirió el fallo con responsabilidad fiscal transcurrieron más de los cinco (5) años de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, haciendo evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro materializado en la póliza de cumplimiento entidades estatales. Esto es así, considerando que los hechos tuvieron ocurrencia hasta el 30 de agosto de 2017, fecha en la que se suscribió el último egreso discutido en el presente proceso, sin embargo, no fue sino hasta el 5 de diciembre de 2023, esto es, seis (6) años después de que se conocieron los hechos; que se profirió fallo con responsabilidad fiscal y se declaró civilmente responsable a mi representada.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.*** *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*
>
> *La prescripción ordinaria* ***será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción****.*
>
> *La prescripción extraordinaria* ***será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.***
>
> *Estos términos no pueden ser modificados por las partes."* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, es de suma importancia tomar en consideración que el Consejo de Estado, máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido completamente claro al establecer que la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro, esto es, la evidenciada en el artículo 1081 del C. Co, puede ser alegada, y debe ser reconocida, cuando se configure en los procesos por responsabilidad fiscal. En otras palabras, teniendo en cuenta que el garante en este tipo de procesos se vincula como tercero civilmente responsable, es completamente claro que puede alegar en su defensa la prescripción de las acciones derivadas de la relación aseguraticia, tal y como se explica en el siguiente pronunciamiento:

> *"****Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co****. al sub lite.* ***Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante***

> ***como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal**, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, **debiéndose responder que sí**, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguro, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, "El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."*[12] (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Vale la pena mencionar, que no solamente el fallo previamente citado exige expresamente el reconocimiento por parte de la Contraloría de la prescripción de la acción derivada de contrato de seguro cuando haya lugar, sino que, además, existen una pluralidad de decisiones en el mismo sentido, como la que se expone a continuación:

> *"…tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal…*
>
> *(…)*
> *Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.*
>
> *…Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del*

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 25000232400020060042 8

siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo.

…De suerte que la entidad de control tiene una craza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtirse primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000*, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable…" (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*[13]

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

"CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, ***también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño****. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que* ***se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato****. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados****, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico****. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos*

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 18 de marzo de 2010.

contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama."[14](Negrilla fuera del texto original).

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

"Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) ***atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto****; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar"*[15].

En otra oportunidad, se señaló:

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

De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

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

> ***hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio*** *y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.*
>
> *Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces,* ***como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación"[16].***

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento de los mismos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que los hechos se materializaron el día en que se expidió el último egreso discutido en el presente asunto, esto es, **el 30 de agosto de 2017**, siendo esta la última fecha a considerar, aun cuando la última fecha de vigencia de la póliza de cumplimiento entidades estatales No. 530-47-994000026783, anexo 4, fue hasta el 30 de abril de 2017. De tal manera, es el 30 de agosto de 2017 el extremo temporal que debe tenerse en cuenta para contabilizar el término prescriptivo y, por otro lado, el fallo con responsabilidad fiscal se expidió hasta el 5 de diciembre de 2023, es decir, habiendo transcurrido seis (6) años, 3 meses y 5 días, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Así las cosas, bajo toda óptica, se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, teniendo en cuenta que desde la ocurrencia del hecho hasta que se profirió el fallo con

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

responsabilidad fiscal transcurrieron más de 6 años, por lo que es clara la configuración del término prescriptivo previsto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia.

Conforme lo expuesto, se solicita al Honorable Juzgador Fiscal revocar el fallo con responsabilidad fiscal y proceder con la desvinculación de mi prohijada.

4.2. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CONSIDERACIÓN QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA POR NO HABERSE CONFIGURADO EL RIESGO ASEGURADO

Sin perjuicio de los argumentos esbozados que enervan la responsabilidad fiscal endilgada, es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que está expuesto el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato aseguraticio 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 prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo 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 aseguraticio. 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)[17].

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*

[17] 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

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 y negrilla fuera del texto original).

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguro vinculado al presente proceso fiscal pactaron las condiciones de cobertura conviniendo que el objeto del seguro se restringe a:

"GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO No, 765 DE 2016, CELEBRADO ENTRE LAS PARTES RELACIONADO CON, AUNAR ESFUERZOS PARA LLEVAR A CABO LAS DIFERENTES ACTIVIDADES, EN LOS PROYECTOS DEPORTIVOS Y RECREATIVOS PARA LA COMUNIDAD BELLANITA, EN LA EDUCACIÓN FÍSICA, EL DEPORTE COMUNITARIO, LOS ALTOS LOGROSDEPORTIVOS Y EL APOYO A CLUBES".

Como se advierte, en el contrato de seguro se pactó que su objeto era garantizar el pago de los perjuicios derivados de los incumplimientos, imputables al contratista, relacionados con la ejecución del convenio de asociación No. 765 de 2016, no obstante, en el presente asunto, no se discute el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, sino la presunta desproporción de los aportes, la inexistencia de soportes financieros o contables y el reconocimiento de gastos administrativos a la entidad sin ánimo de lucro, poniendo en evidencia que no se configuró el riesgo asegurado.

Adicionalmente, la contraloría no cumplió la carga de probar incumplimientos imputables a la ESAL, en la medida que, como se adujo en el acápite correspondiente, presumió dichos incumplimientos ante la ausencia de comprobantes, constancias e informes financieros, aun cuando ello no implica *per se* una merma al erario público, incumpliéndose así con el elemento subjetivo de la responsabilidad fiscal y, con ello, la acreditación del riesgo asegurado.

Por otro lado, quedó claro que es viable pactar aportes en especie en los convenios de asociación y no existe ninguna regulación que indique un aporte mínimo por parte de las entidades sin ánimo de lucro, además que los gastos administrativos pueden reconocerse siempre que estén relacionados con la ejecución del convenio y ello haya quedado pactado. De tal manera, no hay

merma al erario público y, al no haberla, es imposible que surja obligación indemnizatoria de parte de mi representada.

Por lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que revocar la decisión y desvincular a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. del proceso de responsabilidad fiscal de marras.

4.3. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 530-47-994000026783 – SE EXCLUYE DE COBERTURA EL CONVENIO No. 1136 DE 2016 Y A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA Y NORA ELENA PATIÑO CARMONA

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

En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza de los presuntos responsables, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública. Sin perjuicio de lo anterior, como se adujo en el acápite precedente, la Póliza de Garantía Única de Cumplimiento en Favor de Entidades Estatales No. 530-47-994000026783 se limitó a garantizar los perjuicios derivados de incumplimientos imputables al contratista, como consecuencia de la ejecución del Convenio No. 765 de 2016, de modo que, aun cuando se lograron desvirtuar todos los elementos de la responsabilidad fiscal, en el hipotético caso en que se decida no revocar la decisión objeto de discusión, es evidente que la póliza no cubre los daños patrimoniales relacionados con la ejecución del Convenio No. 1136 de 2016, ni los atribuibles a los presuntos responsables fiscales SERGIO ANDRÉS VELÁSQUEZ CORREA y NORA ELENA PATIÑO CARMONA.

4.4. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO

Esta excepción se propone con fundamento en que la solidaridad surge exclusivamente cuando la ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Es importante recabar sobre el particular por cuanto a que la obligación de mí representada la compañía LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. tiene su génesis en un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de responsabilidad fiscal propia de la aseguradora, sino de la que se pudiere atribuir al asegurado.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil y mediante ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez en sentencia SC20950-2017 Radicación N° 05001-31-03-005-2008- 00497-01 ha indicado que:

> *"(…) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (…)" (Subrayas y negrilla mías)*

Entendido lo anterior, es preciso indicar que la solidaridad de las obligaciones en Colombia solo se origina por pacto que expresamente la convenga entre los contrayentes, lo anterior según el art. 1568 del Código Civil Colombiano que reza:

> *"(…) En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.*
>
> *La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley (…)"*

En virtud de tal independencia en las obligaciones, se formula esta excepción por cuanto el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las

excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales y al límite asegurado con sujeción a las condiciones de la póliza. Concretamente, mi representada sólo podría asumir los riesgos que están contemplados en la póliza por la que fue vinculada, los cuales se circunscriben específicamente a la eventual responsabilidad fiscal del tomador del seguro, esto es, FEDELIAN y a lo que atiene a la ejecución del Convenio No. 765 de 2016.

4.5. LA CONTRALORÍA DEBERÁ CONSIDERAR EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO ÚNICAMENTE DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO

Sin perjuicio de lo anterior y sin que se entienda comprometida mi representada, es necesario manifestar que, bajo la hipótesis en que naciera obligación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.,** la misma se debe sujetar a lo consignado al tenor literal de la póliza y, por tanto, a las condiciones particulares de la misma, entre ellas, a la suma asegurada, el deducible y las exclusiones que se hayan pactado. Al respecto, el artículo 1079 del Código de Comercio, establece:

> ***"ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA:*** *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074".*

La norma antes expuesta es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Supremade Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

> "*Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación,* ***el valor de la prestación a cargo de la aseguradora****, en lo que tiene que ver conlos seguros contra daños,* ***se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado****, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el aseguradoo el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el*

asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costade la aseguradora, por causa de su realización"[18]*(Subrayado y negrilla fuera de texto original).*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda, debido a la porción de riesgo asumido. Así las cosas, el límite de la responsabilidad de la compañía de seguros que represento corresponde a la suma asegurada indicada en la carátula de la póliza así:

DESCRIPCION CONTRATO	AMPAROS	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA	SUMA ASEGURADA
	CUMPLIMIENTO	22/08/2016	30/04/2017	154,468,321.80
	ANTICIPO	22/08/2016	30/04/2017	617,873,287.20
	PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E IND	22/08/2016	30/12/2019	77,234,160.90

En conclusión, conforme con las disposiciones legales, comedidamente le solicito al Despacho considerar que la Póliza contempla unos límitesy valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta en el remoto e improbable evento de no revocar el auto y mantener la responsabilidad fiscal, que para el caso concretó, el valor del amparo de cumplimiento está limitado a la suma de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN PESOS CON OCHENTA CENTAVOS MCTE ($154.468.321,80).

De igual manera, debe precisarse que en el presente asunto solamente se podría llegar a afectar el amparo de cumplimiento, en la medida que dentro de los hallazgos objeto de reproche fiscal únicamente se hizo referencia a un presunto incumplimiento de la ESAL respecto de sus obligaciones pactadas en el convenio No. 765 de 2016, de modo tal que el amparo de cumplimiento sería el único llamado a prosperar en el remoto e hipotético evento en que el ente de control fiscal mantenga la decisión y declare la responsabilidad fiscal de los vinculados, así como la responsabilidad civil de mi representada.

Al respecto, conviene precisar que el artículo 2.2.1.2.3.2.1. del Decreto 1082 de 2015 es claro en advertir que los amparos son independientes unos de otros respecto de sus riesgos, por lo que **son excluyentes y no se pueden acumular.**

De tal manera, comedidamente solicito que en el hipotético y remoto evento en que se mantenga vinculada a mi representada como tercero civilmente responsable, se afecte únicamente el amparo de cumplimiento y se tenga en cuenta la suma asegurada en el mismo.

[18] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge AntonioCastillo Rúgeles. EXP 5952.

V. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 101 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2023,** notificado el 6 de diciembre de 2023, proferido dentro del proceso de la referencia, 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 dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño cierto causado al patrimonio de la administración pública.

B. Comedidamente, solicito se sirva **ABSOLVER** de toda condena a **la** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**.,** como tercero civilmente responsable, en la medida que la póliza de cumplimiento No. 530-47-994000026783 no presta cobertura por los argumentos expuestos previamente y, adicionalmente, porque las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas.

C. De manera subsidiaria, en el evento en que se mantenga la decisión, solicito comedidamente considerar las condiciones generales y particulares de la póliza de cumplimiento No. 530-47-994000026783 y, de igual forma, determinar la afectación patrimonial por cada uno de los convenios, esto es, el 765 de 2016 y el 1134 de 2016, teniendo en cuenta que la póliza expedida por mi representada únicamente ampara la ejecución del convenio 765 de 2016, siendo el amparo de cumplimiento el único llamado a prosperar, de modo que la eventual condena debe limitarse exclusivamente a la suma asegurada en dicho amparo.

VI. ANEXOS

- Poder especial otorgado al suscrito, en los términos de la Ley 2213 de 2022.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de la Aseguradora Solidaria de Colombia expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de la Aseguradora Solidaria de Colombia expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

VII. NOTIFICACIONES

- El suscrito y mi representada recibirán notificaciones en la Calle 69 No. 4 - 48, oficina 502 de la ciudad de Bogotá y en la dirección de 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.