

Señores,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA

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

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE
RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF. No. 2018-00210
ENTIDAD AFECTADA: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
VINCULADOS: DIANA PATRICIA PERLAZA GARCÍA Y
OTROS
TERCERO VINCULADO: GENERALI COLOMBIA SEGUROS
GENERALES S.A. Y OTROS

ASUNTO: DESCARGOS PRONUNCIAMIENTO CONTRA EL AUTO DE IMPUTACIÓN No.
PRF. 2018-00210

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN** por medio del cual se vinculó a mi representada, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

En primera medida, cabe aclarar que el presente escrito se presenta dentro del término concedido en auto No. 477 del 18 de julio de 2023, dentro del cual se previó que mi representada contaba con el término de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación del auto de imputación para presentar los argumentos de defensa frente a la imputación efectuada.

Así las cosas, atendiendo a que el mencionado auto fue notificado al correo electrónico notificaciones@gha.com.co el día 26 de julio de 2023, nos encontramos dentro de la oportunidad correspondiente para presentar descargos.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El proceso de responsabilidad aquí discutido tiene como antecedente el hallazgo fiscal No. 107, elaborado con ocasión de la auditoría practicada en la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN donde se describe la ocurrencia de un presunto detrimento patrimonial con ocasión de las incapacidades anteriores al 31/07/2012 no pagadas por las respectivas EPS y ARL.

De conformidad con lo anterior el grupo auditor afirmó que las incapacidades adquirieron el carácter de incobrables por haber configurado la prescripción el 31/12/2015, lo cual impide realizar el reembolso, generándose un detrimento a la entidad por una presunta ausencia de gestión administrativa para obtener el reintegro de los recursos por pago de incapacidades.

Ahora bien, en el auto de imputación No. 477 del 18 de julio de 2023, se hace alusión a que el daño consistió en dejar de recobrar a tiempo las incapacidades ante las EPS y ARL por parte de la Fiscalía General de la Nación, determinando como cuantía de este proceso la cantidad de \$56.615.066, sumatoria de las incapacidades no pagadas por las EPS Saludcoop y Coomeva y la ARL Colmena.

A través de auto 617 del 13/12/2021, este despacho vinculó como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- **DIANA PATRICIA PERLAZA GARCÍA**, identificada con la C.C. No. 31.959.371 quien ejerció el cargo de Jefe / Coordinadora de Talento Humano en la Seccional Cali de la Fiscalía General de la Nación desde el 01/01/2009 hasta el 18/08/2011 y desde el 01/02/2013 hasta el 30/09/2015.
- **MARISOL BEDOYA RÍOS**, identificada con la C.C. No. 31.967.593 quien ejerció el cargo de Jefe / Coordinadora de Talento Humano en la Seccional Cali de la Fiscalía General de la Nación desde el 19/08/2011 hasta el 31/01/2013.
- **JOHN JAIRO FILIGRANA RUIZ**, identificado con la C.C. No. 16.658.017 quien ejerció el cargo de Jefe / Coordinadora de Talento Humano en la Seccional Cali de la Fiscalía General de la Nación desde el 01/10/2015 hasta el 07/08/2016 y después desde el 02/09/2016 hasta el 31/12/2016.

De igual forma, mediante el auto de apertura No. 569 del 29 de octubre de 2018 se vinculó en calidad de tercero civilmente responsable a las siguientes compañías de seguros:

- **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.** fue adquirida en el año 2002 por Allianz1 al expedir la PÓLIZA DE MANEJO ESTATAL No MAES-161 vigencia del 25/07/07 al 27/09/2010, No MAES-315 vigencia del 28/09/2010 al 30/03/2011. No MAES 357 del 31/03/2011 al 30/03/2014 (Ahora Allianz Seguros). Se comunicó la vinculación mediante oficio 2018EE0133426 del 31 de octubre de 2018.

- **ALLIANZ SEGUROS**, empresa identificada con el NIT 860.026.182-5 al expedir a póliza de manejo estatal No 21214923 del 31/03/2014 al 15/12/2014. Se comunicó la vinculación mediante oficio 2018EE0133389 del 31 de octubre de 2018.
- **GENERALLI COLOMBIA**, hoy HDI Seguros, identificada con el NIT 860.004.875-6 al expedir la póliza de seguro de manejo No 4000322, del 29/12/2014 al 29/12/2017. Se comunicó la vinculación mediante oficio 2018EE0133428 del 31 de octubre de 2018.

Ahora bien, tal y como se explicará a continuación, la Gerencia Departamental del Valle del Cauca incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha pólizas de seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto, por lo que resaltamos que nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicitamos desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS 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 **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, a continuación, nos pronunciaremos sobre el proceso de responsabilidad fiscal propiamente dicho, solicitando **DESESTIMAR** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de **LOS INVESTIGADOS** y, consecuentemente, se ordene el **ARCHIVO** del PRF No. 2018-00210, que cursa actualmente ante su despacho, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable que haya causado un supuesto daño al patrimonio de la administración pública.

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

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, el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, 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.

De la mano del artículo 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, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados 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. 2018-00210.

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

A. VENCIMIENTO DE TÉRMINOS PARA ADELANTAR EL PRESENTE PROCESO SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 610 DE 1999

En primer lugar es preciso mencionar que el legislador al expedir normas que regulan los plazos para el desarrollo de los diferentes procesos y la adopción de las decisiones dentro de los mismos, tiene fundamento en lo que el constituyente estableció al respecto del reconocimiento de dichas garantías: **“Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”** del cual se infiere, tal y como lo ha precisado la corte constitucional desde sus primeras providencias, que *“la constitución política de 1991 está inspirada entre otros muchos en el propósito definido de erradicar la indeseable costumbre extendida entre los jueces pero también entre los funcionarios públicos, de incumplir los términos procesales acarreando a los destinatarios de la administración de justicia toda suerte de perjuicios en el ejercicio de sus más elementales derechos”*². En este sentido es pertinente recordar lo que establece el artículo 39 de la ley 610 de 2000 sobre el periodo del tiempo que el ente fiscal tiene desde la indagación preliminar hasta el archivo o la apertura del proceso:

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

Ahora bien, en el caso concreto encontramos que los hechos que dieron origen a la presente investigación, fueron descubiertos durante la vigencia del año fiscal en la auditoría a la fiscalía general de la nación regional Cali, en cumplimiento del plan de vigilancia y control fiscal. Posteriormente, mediante auto No. 0620 del 16 de diciembre de 2016, el ente fiscal decidió abrir la indagación preliminar que sólo se cerró hasta el 25/08/2017, mediante auto No. 0434. Seguidamente, el 29/10/2018, mediante auto No. 0569, la gerencia departamental del valle del cauca de la contraloría general de la república, decidió dar apertura al presente proceso de responsabilidad fiscal.

² Corte constitucional. Sentencia T431 de 1992. M.P José Gregorio Hernández Galindo.

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

En virtud de lo anterior, es procedente solicitar el archivo inmediato del proceso, toda vez que los términos para dar apertura al presente proceso fiscal se vencieron y seguir adelante con el trámite del mismo, genera una clara vulneración al debido proceso de mi procurada y de los presuntos responsables.

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

Como habíamos manifestado anteriormente y como lo reconoce su despacho en el auto de imputación No. 2018-00210, la responsabilidad fiscal se configura cuando existe un daño patrimonial al estado, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y un nexo de causalidad entre el daño y la conducta. En este sentido, sólo existirá responsabilidad fiscal cuando concurren estos 3 elementos.

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 supuestos de irregularidades, por el no reintegro de los recursos por pago de incapacidades, mediante conjeturas subjetivas carentes de pruebas fácticas y jurídicas suficientes para acreditar una supuesta lesión al patrimonio público.

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 seguridad social, ya que se limita a denunciar que las incapacidades pagadas durante la vigencia 2010 a 2012 obtuvieron el carácter de incobrables por haber operado el fenómeno de la prescripción. No obstante, es valioso indicar que contrario a lo afirmado por la contraloría, la dirección seccional administrativa y financiera de la entidad sí realizó los trámites tendientes a obtener el pago de las incapacidades, tal y como se evidencia en la prueba documental consistente en los soportes de trámite de recobro adelantado ante la EPS/ARL, aportados a la investigación mediante oficio No. 2017ER0058151.

Adicionalmente, los investigados no incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa con relación a estos hechos. Por el contrario, se observa con claridad que estos funcionarios actuaron con diligencia en sus deberes legales, laborales y profesionales, por lo que esta investigación pierde completamente su sustento fáctico, pues al no existir conducta irregular que desencadene un presunto detrimento patrimonial, resulta estéril adelantar 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.

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

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

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

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

***Parágrafo 1°.** La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo*

con lo definido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

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

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

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

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

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

ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal

excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, al no haber una certeza sobre el daño patrimonial, no procede una condena por responsabilidad fiscal en este caso, tal cual lo estipula el artículo 23 de la ley 610 del 2000:

Artículo 23. Prueba para responsabilizar. *El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.*

C. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL 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 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 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. Alvaro 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.**³
(Negrilla fuera del texto original)

³ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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 en el 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 imputados 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).”⁴* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

⁴ 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

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 (...)**” (Negrilla fuera del texto original)⁵*

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 imputados 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 presuntos responsables, pues no se demostró que efectivamente si hubiera configurado una conducta inadecuada, ni que las mismas hubieran sido causadas de forma dolosa o gravemente culposa por los investigados 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.

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

En cuanto a las versiones libres rendidas por los investigados de este caso, vemos que su actuación estuvo lejos de ser dolosa o gravemente culposa, toda vez que coinciden en manifestar que había una carga excesiva de trabajo y que tales gestiones involucraban la coordinación de muchas personas pertenecientes al equipo de trabajo, por lo que mientras ocurrían los cambios de cargo y se hacía la entrega oficial del mismo, podemos ver que existieron situaciones administrativas especiales que dificultaban la tarea.

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

Al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente y sustentada.

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

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 este tipo de responsabilidad debe existir un nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Así lo expresa la ley 610 de 2000:

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

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

De esta forma también lo ha expresado el 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”⁶

En este caso, por los argumentos esgrimidos anteriormente, ante la inexistencia de un daño 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 por lo cual solicitamos el archivo del proceso.

IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación dentro del presente trámite, en el cual 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 jurídico no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene con 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:

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, 13 de diciembre de 2012, C.P. Guillermo Vargas Ayala

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

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

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

De este modo, en aquel documento se estableció que, antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de 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 Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

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

- *Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, **su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.***

- ***Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.***

- *De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación como garante de una compañía aseguradora se da, ya sea porque el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso se encuentra amparado por una póliza.*

(...)

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

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

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

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

• **El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como**

particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.

(...)

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.”^[1] (...) (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 que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario. 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 manejo expedida por **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

A. NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO DE LA PÓLIZA, POR LO QUE NO HAY SINIESTRO DE CARA A LA PÓLIZA DE MANEJO NO. 4000322

Lo primero que debemos resaltar es que para que pueda hablarse de siniestro tiene que haberse materializado o configurado el específico riesgo asegurado, según las condiciones y estipulaciones expresamente pactadas en el contrato respectivo. Así pues, examinando el caso discutido no ha nacido la obligación condicional de la aseguradora en cuanto no se ha cumplido con la condición pactada de la que depende el surgimiento de su obligación, es decir, la realización del riesgo asegurado.

Frente a esto debemos acudir a lo consagrado expresamente en los artículos 1045 y 1054 del código de comercio que establecen cuáles son los elementos esenciales del contrato de seguro y cuál es la definición de riesgo:

“ARTÍCULO 1045. <ELEMENTOS ESENCIALES>. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) El interés asegurable;
- 2) El riesgo asegurable;
- 3) La prima o precio del seguro, y
- 4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.”

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

En efecto, si el riesgo es asegurado es “*amparar a las entidades estatales contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes causados por sus servidores públicos por actos u omisiones que se tipifique como delito de manejo de bienes contra la administración pública o fallos de responsabilidad fiscal (...)*” en este caso particular se desliga totalmente el riesgo asegurado, es decir los hechos que originaron el presente proceso en nada se relacionan con el amparo otorgado por la compañía aseguradora, toda vez que ni el hallazgo fiscal de la contraloría, el auto de apertura y ahora el auto de imputación sí vislumbró siquiera sumariamente que la conducta del investigado haya sido producto de un acto u omisión por actos incorrectos, culposos, reales o presuntos, con ocasión de la realización de la gestión fiscal. De esta manera se demuestra la carencia de los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal razón por la cual se debe desvincular a mi representada del presente proceso.

Ahora bien, la póliza utilizada como fundamento contractual de la vinculación de mi representada, se circunscribe a la cobertura expresamente estipulada en sus condiciones de modo que sus obligaciones se limitan exclusivamente a lo que expresamente se pacta en el contrato pues el origen de una eventual la obligación de mi representada no emana de una gestión fiscal sino de un contrato de seguro, por lo que independientemente de si existe o no responsabilidad fiscal, la pregunta que vincularía eventualmente a mi representada es si existe o no cobertura por parte del contrato de seguro.

En la póliza se lee expresamente que se amparan “*los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delitos contra la administración pública o en alcances Fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias*”, como detallaremos más adelante, en primer lugar, no ha habido un menoscabo como tal de fondos o bienes de la Fiscalía General de la Nación y, por otra parte, no se ha contrariado o incumplido alguna disposición legal o reglamentaria.

Es atendiendo este argumento que no vemos que se pueda afectar la cobertura que trae el contrato de seguro que suscribió mi representa con la fiscalía general de la nación, pues de las pruebas que obran en el expediente sería improcedente afectar la póliza de seguro.

B. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS VINCULADAS - NO SE REALIZA EL RIESGO ASEGURADO

Lo primero que debemos manifestar es que la póliza por la cual se vincula a ALLIANZ SEGUROS S.A. es incorrecta, ya que los hechos que se investigan en este proceso de responsabilidad fiscal desfasan la cobertura temporal de la póliza.

Como manifestamos anteriormente, al vincular a una aseguradora a un proceso de responsabilidad fiscal debe atenderse al riesgo específicamente cubierto, el cual es delimitado tanto en el clausulado general, como particular.

La póliza suscrita por mi representada con la fiscalía general de la nación fue suscrita bajo la modalidad de cobertura de “ocurrencia”, por lo que su cobertura se limita a los hechos que ocurren dentro de la vigencia de la póliza.

Ahora bien, la póliza de la aseguradora Colseguros S.A. estuvo vigente desde el 25/07/2007 hasta el 27/09/2010 (No. MAES-161), del 28/09/2010 al 30/03/2011 (No. MAES-315) y del 31/03/2011 al 30/03/2014 (No. MAES-357); por su parte, la póliza de Allianz Seguros No. 21214923 estuvo vigente desde el 31/03/2014 al 15/12/2014, por lo que a todas luces resulta improcedente afectar esta vigencia de la póliza, toda vez que los hechos que aquí se investigan tuvieron lugar entre los años 2010 y 2012, tal y como lo estableció el ente fiscal en el auto de apertura No. 0569 (páginas 13 a 22):

“Proyección de este auto y en atención a lo consagrado en el artículo 9 de la ley 610 de 2010 se omite calcular vigencias de 2007 a 2009 y se limita a evaluar los pagos correspondientes a las vigencias 2010 a 2012 que conforme a lo que se exponen los folios 57 y 94-96, la relación de incapacidades pagadas y pendientes de recobro pasados 3 años suman el total de \$49.561.941.”

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

Es por ello que ante un eventual y remoto fallo de responsabilidad fiscal en contra de los investigados, solicito respetuosamente se exonere de cualquier tipo de responsabilidad indemnizatoria en este caso a mí prolijada, toda vez que para la fecha de los hechos que aquí nos convocan, la póliza que suscribió con la fiscalía general de la nación no se encontraba vigente.

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

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

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

C. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO

Sin perjuicio de lo anterior y sin que esto implique aceptación de responsabilidad alguna, la acción que podía ejercerse en contra de mi representada se encuentra prescrita, ya que los hechos objeto de investigación recaen sobre una conducta que presuntamente se configuró durante la vigencia el año 2010 al 2012, es decir que transcurrieron más de 2 años entre este hecho y la presentación de la reclamación para hacer efectiva la póliza de seguro de manejo vinculada a este proceso.

La vinculación de mi representada a este proceso fue el 29/10/2018 por lo que a todas luces ha operado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 1081 del código de comercio:

“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.”

Adicionalmente, y de conformidad con lo probado en el presente proceso, se debe tener en consideración lo que ya ha manifestado el consejo de estado respecto al motivo de vinculación de las aseguradoras:

“(…) 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.

(…)

Por no tratarse entonces de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguro, **es aplicable la prescripción del artículo 1081 del código de comercio y no el término a caducidad previsto en el artículo 9 de la ley 610 del 2000**⁷ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En este sentido es que podemos concluir que han prescrito todas las acciones derivadas del contrato de seguro que pudieran tener relación con estos hechos, puesto que opero el fenómeno de la prescripción al transcurrir más de 2 años contados desde el hecho que daba lugar a las mismas.

D. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, SERÍAN RIESGOS INASEGURABLES.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta de los imputados, 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 imputados, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que

⁷ 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.

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.” (Negrilla fuera del texto original)

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación del presunto responsable se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrán ordenar hacer efectivas las pólizas vinculadas al proceso. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A. del PRF No. 2018-00210, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO, SE DEBERÁ TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE Y EL COASEGURO DE LA PÓLIZA

En el remoto e improbable evento en que el despacho considere que las pólizas que nos ocupan, sí prestan cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de ALLIANZ SEGUROS S.A., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

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

En este orden de ideas, mi representada no está llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado respecto del monto del daño que efectivamente se logre demostrar, de acuerdo a los amparos que a continuación se relacionan:

Coberturas y Límites		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL TEMPORAL	1.400.000.000,00	165.002.997,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL DE FIRMAS ESPECIALIZADAS	1.400.000.000,00	0,00
PROTECCIÓN DE DEPÓSITOS BANCARIOS	1.400.000.000,00	0,00
PECULADO (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)	1.400.000.000,00	0,00
ALCANCES FISCALES	1.400.000.000,00	0,00
GASTOS DE RECONSTRUCCIÓN DE CUENTAS	1.400.000.000,00	0,00
GASTOS PARA LA RENDICIÓN DE CUENTAS	1.400.000.000,00	0,00
JUICIOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD FISCAL	1.400.000.000,00	0,00

Resulta menester también resaltar que los amparos de ninguna forma resultan acumulables, y que se debe tener en cuenta los demás procesos en los que pueda estar vinculada esta póliza, toda vez que la suma asegurada disponible puede estar agotada si se ha llegado a afectar la póliza dentro de los otros procesos dentro de los cuales se encuentra vinculada.

De igual forma, debe aclararse que la póliza vinculada al proceso fue expedida en coaseguro con otras compañías, que no se han hecho parte de este proceso, de la siguiente forma:

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Lider	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	42,00	63.001.258,74
1018	CEDIDO	QBE SEGUROS S.A.		17,00	25.500.509,49
1041	CEDIDO	LA PREVISORA SA COMPAÑIA DE SEGUROS		26,00	39.000.779,22
1049	CEDIDO	MAPFRE SEGUROS GENERALES COLOMBIA S.A.		15,00	22.500.449,55

En este sentido, en el remoto improbable caso de demostrarse que le asiste algún tipo de responsabilidad a los investigados, y que posteriormente después de realizar el análisis respectivo se concluye que ha existido un siniestro de cara a los parámetros estipulados en la póliza, deberá tenerse en cuenta que se pactó dicha póliza en coaseguro con otras

compañías de seguro, por lo que no podrá condenarse a ninguna de estas compañías aseguradoras por más o menos de lo que respectivamente les concierne de acuerdo a lo expresado en el contrato de seguro, resaltando que en estos casos jamás hay solidaridad, como se desprende del artículo 1092 del código de comercio, debido a que precisamente en estos casos una aseguradora deberá soportar la indemnización en proporción a la cuantía exacta de su participación porcentual.

De igual forma, deberá atenderse a que las pólizas para esta cobertura tienen un deducible específico en su clausulado particular:

DEDUCIBLES

*Empleados No Identificados: 8% sobre el valor de la pérdida mínimo 5 SMMLV

Demás eventos: 8% sobre el valor de la pérdida mínimo 5 SMMLV

*Cajas Menores: Sin aplicación de deducible.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al honorable despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

V. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los funcionarios investigados en este caso y, consecuentemente, se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número PRF 2018-00210 que cursa actualmente en la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental del Valle del Cauca, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que las pólizas vinculadas a este proceso no prestan cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF 2018-00210.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado y el deducible pactado en las pólizas vinculadas a este proceso.

VI. NOTIFICACIONES

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

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.