

Señores

**GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE ANTIOQUIA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**

E. S. D.

**REFERENCIA: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN
No.755 DEL 22 DE MAYO DE 2024**

RADICADO: PRF-80053-2020-36005

ENTIDAD AFECTADA: EJERCITO NACIONAL

P. RESPONSABLE: JOSÉ GREGORIO MONTAÑEZ ACOSTA

TERCERO VINCULADO: ALLIANZ SEGUROS S.A Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, como consta en el poder que reposa en el expediente. Encontrándome dentro del término legal, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO. 755 DEL 22 DE MAYO DE 2024 DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO PRF-80053-2020-36005**, por medio del cual se vinculó a mi representada como tercero civilmente responsable en virtud de la Póliza de Manejo Entidades Oficiales No. 000706272341, 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

El día lunes 17 de junio de 2024, se surtió la notificación por aviso a mi representada del Auto de imputación de responsabilidad fiscal No. 755 del 22 de mayo de 2024 proferido dentro del proceso de la referencia. Por lo tanto, el termino de traslado corrió los días 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27 y 28 de junio y 2 de julio de 2024. Por lo que el presente escrito se radica dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de las presuntas irregularidades relacionadas con el Contrato de Suministro No. 008 del 4 de mayo de 2016 celebrado entre la Cuarta Brigada del Ejército Nacional – Batallón de apoyo y servicios para el combate No.4 – Cacique Yariguies y la empresa DISTRIOLOGISTICA PG S.A.S, con el objeto de "adquisición de productos de cafetería y restaurante para el comando de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional" por valor de \$30.000.000. Los productos objeto del contrato fueron entregados por el Suboficial John Jairo Roncancio al Mayor José Montañez Acosta mediante documento de salida de almacén. Sin embargo, el ente de control no encontró evidencia del uso y destino final de los productos de cafetería y restaurante adquiridos, pues no existe ninguna prueba que permita justificar la utilización de los mismos en los eventos programados por el Ejército Nacional.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 562 del 14 de agosto de 2020 se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$30.000.000), vinculando como presunto responsable fiscal al TENIENTE CORONEL JOSÉ MONTAÑEZ ACOSTA.

Con base en la anterior información, la contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad del sujeto procesal antes mencionado, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

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

La vinculación de mi representada se efectuó en virtud del Auto No. 1192 del 22 de noviembre de 2023 por medio del cual se vincula terceros civilmente responsables en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal No. PRF-80052-2020-36005 y con fundamento en la Póliza de Seguro de manejo de entidades oficiales No. 000706272341 con una vigencia desde el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 en la modalidad de ocurrencia y tomada por el MDN-EJERCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA – Nit. 800.130.632-4.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la contraloría conocedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha póliza de seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al honorable juzgador, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicación PRF-80053-2020-36005.

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

De acuerdo a lo mencionado en el Auto de Imputación No. 755 del 22 de mayo de 2024, la Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia decide imputar al presunto responsable fiscal dentro del proceso ordinario de responsabilidad fiscal PRF-80052-2020-36005, por considerar que existe un daño patrimonial al estado relacionado con la ejecución del Contrato de Suministro No. 008. En razón de dicho contrato se adquirieron y se entregaron a integrantes de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional elementos de cafetería y restaurante por valor de \$30.000.000, pero según el Ente de Control no hay evidencia del uso y destino final de los elementos comprados por la entidad. No obstante, es importante resaltar que de conformidad con el análisis realizado al acervo probatorio que obra en el expediente, no se evidencia la configuración de un daño patrimonial al Estado con ocasión del actuar del presunto responsable fiscal, por lo cual, es inadmisibles insinuar la existencia de un detrimento patrimonial.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la Sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del

mencionado fallo es el siguiente:

“b. La responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de quienes están a cargo de la gestión fiscal, pero es, también, patrimonial, porque se orienta a obtener el resarcimiento del daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

c. Como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad fiscal no tiene un carácter sancionatorio -ni penal, ni administrativo-, sino que su naturaleza es meramente reparatoria. Por consiguiente, la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma, distinta de las responsabilidades penal o disciplinaria que puedan establecerse por la comisión de los hechos que dan lugar a ella.

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’”, al paso que “... el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado’”.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, definitivamente debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. No obstante, no cualquier tipo de daño es susceptible de ser resarcido en un proceso fiscal, sino

¹ Ibidem.

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 al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto”.²

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado. En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que la entidad afectada a través de sus funcionarios, cumplió con el objeto pactado en el contrato y los recursos fueron destinados al pago de los elementos necesarios para la alimentación de los soldados incorporados, y que los mismos fueron entregados para su correspondiente uso.

Al respecto es importante señalar que, si bien dentro del expediente no obran documentos que precisen de manera específica el uso dado a los elementos suministrados a través del Contrato No. 008 en eventos o actividades particulares, esto no implica per se la existencia de un daño patrimonial al Estado. Tal como se desprende del documento de salida de almacén "SILOG 4905592114 - 2016", los productos adquiridos correspondían principalmente a alimentos e insumos de consumo habitual en los comedores y casinos militares, tales como café, azúcar, aromáticas, leche en polvo, pan tajado, queso, tocineta, arequipe, vasos desechables,

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.

servilletas y mezcladores, entre otros.

En este sentido, es lógico inferir que dichos elementos fueron empleados en la preparación y suministro de las raciones alimentarias diarias para los miembros de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, en el marco del normal desarrollo de sus actividades y funciones constitucionales, sin que necesariamente tuvieran que ser utilizados en eventos o actividades específicas. Es decir, la naturaleza misma de los bienes adquiridos permite colegir que su uso y destino final estuvo orientado a satisfacer las necesidades de alimentación de los soldados incorporados, lo cual constituye uno de los rubros esenciales para garantizar el adecuado funcionamiento y operatividad de la fuerza pública. Además, la señora Liliana del Carmen Meza – auxiliar de servicios generales y cafetería en su testimonio señaló que las reuniones no se programaban con anticipación, lo que implicaba que los elementos de cafetería debían solicitarse y entregarse de manera inmediata e imprevista. En similar sentido la señora Blanca Nelly Ortiz – auxiliar administrativa manifestó que las reuniones y eventos eran muy frecuentes, utilizándose la ubicación de una greca para repartir el café y los demás elementos de cafetería.

Por otra parte, es importante recalcar que, si bien los testigos fueron reiterativos en señalar la existencia y exigibilidad del registro de los elementos entregados en un libro de control, también debe tenerse en cuenta la versión libre rendida por el señor José Montañez Acosta. Según su declaración, cuando se llevaban a cabo reuniones del Estado Mayor de la brigada, o aquellas presididas por el General o Comandante de las brigadas, existía un protocolo diferenciado para la gestión de los suministros. Específicamente, el señor Montañez Acosta afirmó que, en estas circunstancias particulares, las actas de entrega de los elementos no requerían ser suscritas ni por él personalmente ni por la sección logística bajo su responsabilidad. Esta información es crucial para comprender la aparente falta de documentación detallada en ciertos casos, ya que sugiere la existencia de procedimientos alternativos o simplificados para eventos de naturaleza estratégica o confidencial. Tal práctica, podría estar justificada por razones de seguridad o eficiencia operativa.

La ausencia de evidencia documental específica sobre el uso de los elementos en cuestión en actividades puntuales no debe interpretarse automáticamente como una prueba de su mal uso o de daño patrimonial. Por el contrario, existe una base razonable para inferir que estos suministros fueron debidamente incorporados al inventario y utilizados en las operaciones diarias de los comedores militares, en consonancia con su propósito previsto. Los testimonios recopilados durante la investigación respaldan la existencia de procedimientos de registro y

control, aunque la integridad de estos registros se ha visto comprometida. Se debe considerar la respuesta proporcionada por el Coronel José Edilberto Lesmes en el oficio 2022ER0090259 del 7 de agosto de 2022, que confirma la ausencia de las primeras 14 hojas del libro de registro, las cuales fueron arrancadas. Esta pérdida de información crítica es un factor significativo que escapa al control y responsabilidad directa del imputado. En este contexto, es fundamental evaluar la situación considerando tanto la evidencia disponible como las limitaciones impuestas por la pérdida de documentación, reconociendo que la ausencia de pruebas no equivale necesariamente a la prueba de ausencia de un uso adecuado de los recursos

Por lo tanto, el hecho de que no se hayan aportado pruebas sobre su utilización en actividades puntuales, no desvirtúa que los elementos hayan sido efectivamente incorporados al inventario y empleados en la cotidianidad de los comedores militares, de acuerdo con su finalidad específica, sin que se evidencie un detrimento al patrimonio estatal.

Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 el cual explica:

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

De esta forma, se concluye, que no se configura el presunto detrimento patrimonial alegado, pues no existen elementos materiales probatorios que den cuenta que los aquí investigados incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionara un detrimento patrimonial al Estado. Adicionalmente, es menester señalar que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos para señalar que existió un detrimento patrimonial, pues el contrato se ejecutó con normalidad de acuerdo a lo establecido en la Ley 80 de 1993. Por lo tanto, los funcionarios no malgastaron ni tomaron los recursos para provecho propio o de un tercero.

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

Frente a este argumento es necesario señalar que, de conformidad con los elementos de prueba allegados al proceso, se evidencia que hubo una gestión y verificación diligente de la ejecución del contrato y la utilización de los elementos suministrados a la Cuarta Brigada del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 4. En efecto no se observa ni mucho menos se demuestra que lo endilgado por la Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia con respecto al presunto detrimento patrimonial sea como consecuencia de dolo o culpa grave del Teniente Coronel José Montañez Acosta como presunto responsable fiscal.

Es este punto 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 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 (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

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

fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

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

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 Sala Civil de 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

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

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

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)

Así mismo, 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)⁵

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal al Teniente Coronel José Montañez Acosta, 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.

Dicho lo anterior, se debe tener en cuenta que con el material probatorio que se sustenta el auto que nos ocupa se puede afirmar que la Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia no cuenta con ninguna prueba útil, conducente ni pertinente para sostener que permita acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable.

Con respecto al Teniente Coronel José Montañez Acosta, se dice que recibió los elementos de cafetería adquiridos en virtud del Contrato de Suministro No. 008 y que a la fecha no tiene claro el destino de los mismos, realizando así una gestión fiscal irregular. No obstante, no se le puede endilgar responsabilidad fiscal dado que, en primer lugar, en el expediente aparece plenamente demostrado que actuó de buena fe y en el marco de sus funciones y competencias, sin que exista

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

prueba de una conducta dolosa o gravemente culposa de su parte. En segundo lugar, el investigado siempre actuó siguiendo los procedimientos y directrices establecidas en los reglamentos internos, manuales y normativa aplicable.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta del investigado 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.

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

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

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

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

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

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

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

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

Frente a lo anterior ha de decirse desde ahora que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden de cosas, claro resulta que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción disciplinaria impuesta a los presuntos responsables por los hechos materia de investigación, por ningún motivo, se hace presumible el elemento que aquí se estudia. Lo mismo ocurre con las causales que presuponen un actuar culposo, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa al presunto responsable. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza. Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, 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 resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

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

Antes de referirme a las razones por las cuales la Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia de la Contraloría General de la Republica debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación dentro del presente trámite y el auto que ordeno 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 honorable juzgador no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. 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)

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 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 No. 000706272341, toda vez que como se explicara más adelante se configuró la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro. Dado que, si la vinculación no es realizada dentro de los dos años siguientes a que se tiene conocimiento de los hechos por parte de la Contraloría, que generalmente ocurre con la indagación preliminar, entonces, opera dicha figura impidiendo la afectación de la póliza. 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. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS

Para fundamentar la prescripción, es preciso manifestar nuevamente a este despacho que contaba con dos (2) años siguientes al conocimiento del hecho que dio lugar a la acción fiscal para que se realizara la declaratoria del siniestro, no obstante, pese a que tuvo conocimiento de los hechos el día 29 de enero de 2020, cuando se dio traslado del hallazgo fiscal mediante el oficio con radicado 2020IE0007418, solo hasta el 22 de noviembre de 2023 de profirió el auto de vinculación N° 1192, el cual fue notificado a mi representada el día 15 de febrero de 2024, transcurriendo entre los dos extremos temporales más de dos años, operando en tal sentido la

prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, que para el caso en concreto se materializó con la Póliza N° 000706272341.

Sin perjuicio de la totalidad de argumentos que se han venido esgrimiendo, 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. 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)

Aunque el hecho de que la disyuntiva aparentemente se haya zanjado por el legislador expidiendo la Ley 1474 del 2011, de acuerdo a mi criterio personal, lo anterior resulta todavía más problemático pues basta con leer lo que dice el art. 120 de la citada norma, para notar que allí se han cometido errores de técnica legislativa porque de forma anti técnica, se equipararon los fenómenos de prescripción y caducidad.

La literalidad de la norma dice que las pólizas de seguro prescribirán en cinco años (usa la expresión "póliza"), pero lo que prescribe son las acciones, no la póliza como instrumento y finalmente, y más importante, la norma no es clara al indicar cómo se aplica esta prescripción, porque esta prescripción es la de los procesos fiscales, es decir, que es adjetiva (no sustancial como la del 1081) y se cuenta desde la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, hasta el momento en que se tenga un fallo en firme y no desde la ocurrencia del hecho o su conocimiento.

Es decir que esta prescripción del artículo 121 de la Ley 1474 no se puede extender a escenarios exteriores al del proceso fiscal, mientras que la del 1081 del Código de Comercio nace, transcurre y depende de la existencia del contrato de seguro como negocio jurídico que preexiste al inicio

del trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal, por eso es una prescripción sustancial, porque es inherente a una relación entre dos contrayentes y debería aplicarse en los Procesos de Responsabilidad Fiscal de forma preferente.

Para reforzar esta tesis de que a la aseguradora dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal se le debe aplicar la prescripción del régimen del art. 1081 del C.Co. es preciso analizar que la calidad de la aseguradora en el presente proceso es de garante, no es gestora fiscal, (NO ADMINISTRA EL RECURSO PÚBLICO) no es responsable fiscal presunta (NO LE IMPUTAN, NI LA SINDICAN) y tampoco responsable solidaria del hecho generador del detrimento patrimonial (LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN SUYA ES EL CONTRATO, NO EL HECHO GENERADOR DE DETRIMENTO NI LA CONDUCTA DEL HALLAZGO FISCAL).

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 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. 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.”

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 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 crasa 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 surtir 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...”

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 contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en el caso concreto, los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal fueron conocidos por la contraloría en el mes de enero de 2020 mediante el traslado del hallazgo fiscal, pero el auto de vinculación al proceso como tercero civilmente responsable solo fue proferido hasta el 23 de noviembre de 2023, notificado el 15 de febrero de 2024. Esto es, más de dos años después de tener conocimiento de los hechos, incluso dos años después de proferir el auto de apertura del presente proceso. Siendo aplicable el término de

prescripción ordinaria, pues al momento de vincular a ALLIANZ SEGUROS S.A., y, por tanto, dar aviso del siniestro poniendo en conocimiento el auto de apertura han transcurrido más de dos años, operando la prescripción ordinaria.

Conforme lo expuesto, se solicita al honorable juzgador fiscal proceder con la desvinculación de mi prohijada y proferir fallo sin responsabilidad con el correspondiente cierre y archivo de las diligencias.

B. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

Sin perjuicio de lo expuesto en el literal anterior, en donde se fundamentó la configuración de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, también se debe decir que no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la Póliza de Seguro No.00706272341, por cuanto en el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende ente de control endilgar a los presuntos responsables. Lo anterior, toda vez que la contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación del presunto detrimento patrimonial, ni su conducta dolosa o gravemente culposa.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este argumento toda vez que ALLIANZ SEGUROS S.A. no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones particulares y suscritas como objeto de la póliza mencionada, se tiene lo siguiente:

“... Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos y bienes nacionales del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y SUS UNIDADES EJECUTORAS (Direcciones, Divisiones o Batallones según sea el caso), causados por acciones u omisiones de sus empleados que incurran en los delitos contra la Administración Pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición de cuentas en casos de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario, y/o contratistas (contratados directamente o por terceras personas)...”

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que la responsabilidad de los servidores públicos de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro entrará a responder, si y solo si se declare responsables a los funcionarios del asegurado siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el auto de imputación, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza del presunto responsable, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad fiscal que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado amparado en la póliza que sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a la compañía. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la Aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de **la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 000706272341**, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a **ALLIANZ SEGUROS S.A** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente PRF-80052-2020-36005.

C. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta de los gestores, 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 del señor JOSE MONTAÑEZ ACOSTA, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarcan dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 000706272341, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente PRF-80052-2020-36005, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

D. LA OBLIGACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A. SE LIMITA AL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO CON EL COASEGURO PACTADO

La Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 000706272341, tomada por MDN-EJC-DIRECCIÓN DE INTENDENCIA Y REMOTA, y que sirvió como fundamento para la vinculación de mi representada al proceso de Responsabilidad Fiscal PRF-80052-2020-36005, fue suscrita bajo la figura de COASEGURO, esto es, pactando la distribución del riesgo entre las compañías así: QBE SEGUROS S.A con el 21,50%, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A con el 12%, LA PREVISORA S.A con el 21,50%, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A con el 22,50% y ALLIANZ SEGUROS S.A con el 22,50%.

En esa medida, al existir un coaseguro entre las mencionadas aseguradoras y mí representada, en el improbable caso que se falle con responsabilidad fiscal, deberá tenerse en cuenta que, al no existir solidaridad entre las compañías aseguradoras, cada una deberá responder de acuerdo al porcentaje pactado.

Lo anterior, tiene fundamento en el artículo 1092 y 1095 del Código de Comercio, el cual establece referente al Coaseguro, lo pertinente:

“Artículo 1092: En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.

Artículo 1095: Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”.

De la misma manera en reiterada Jurisprudencia el Consejo de Estado, se ha pronunciado sobre la inexistencia de solidaridad entre coaseguradoras, así:

“La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos”⁶

Atendiendo a lo establecido en el Código de Comercio, se concluye que ni siquiera en el improbable caso de que se acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal podría condenarse en su totalidad a mí representada, por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras soportar la indemnización en proporción al porcentaje asumido.

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

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2021, Exp. 54460

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto para la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 000706272341, se establecieron los siguientes límites:

AMPAROS	VALOR ASEGURADO	Valor / Porc.
MANEJO PARA ENTIDADES OFICIALES	\$ 1,000,000,000	
Coberturas De Costos En Juicio	\$ 10,000,000	0
Menoscabo De Fondos Y Bienes Nacionales Causados Por Sus Servidores Publicos Por Actos U Omisiones Que Se Tipifiquen Como Delitos Contra La Administracion Publica O Fallos Con Responsabilidad Fiscal	\$ 1,000,000,000	0
Contratistas, Subcontratistas Independientes	\$ 1,000,000,000	0
Empleados No Identificados	\$ 1,000,000,000	0
Costo Para La Reconstrucción De Cuentas	\$ 1,000,000,000	0
Costo Para La Rendición De Cuentas	\$ 1,000,000,000	0
Empleados Ocasionales, Temporales Y Transitorio	\$ 1,000,000,000	0
Honorarios Profesionales	\$ 10,000,000	0

Como se puede observar el amparo de “Fallos con Responsabilidad Fiscal” se pactó con un valor asegurado de \$1.000.000.000 el cual se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada y al porcentaje de coaseguro cedido como se explicó en el acápite anterior. Es por eso, que resulta importante señalar al despacho que el valor asegurado asumido por Allianz Seguros S.A en la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No.000706272341 corresponde a la suma de \$225.000.000, y que la misma fue afectada por valor de \$16.019.154 con ocasión al pago realizado el 10 de agosto de 2023 dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF-80052-2020-36002. Dado que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

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

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 del señor José Montañez Acosta, y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el radicado PRF-80052-2020-36005, que cursa actualmente en la **GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE ANTIOQUIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**, por cuanto 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 responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No.000706272341, no presta cobertura para los hechos objeto del proceso identificado con el radicado PRF-80052-2020-36005 que cursa actualmente en la **GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE ANTIOQUIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA**.

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 la figura del coaseguro en las cuantías pactadas en la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No.000706272341.

VI. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

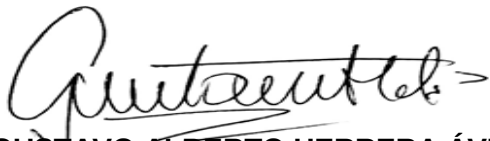
1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No.000706272341 con su condicionado particular y general.
- 1.2. Certificación de disponibilidad del valor asegurado de la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No.000706272341 – Numero interno 21882977 / 0 expedida por Allianz Seguros S.A.
- 1.3. Poder que me faculta para actuar en el presente proceso.
- 1.4. Certificado de Existencia y Representación Legal de Allianz Seguros S.A.

VII. NOTIFICACIONES

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

Del Señor Contralor, Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.