

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL CAUCA
GRUPO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.
EXPEDIENTE: PRF 2019-00858
ENTIDAD AFECTADA: SISTEMA ESTRATÉGICO DE TRANSPORTE PUBLICO DE PASAJEROS DE POPAYÁN “MOVILIDAD FUTRA”
VINCULADO: VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE Y OTROS.
TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en el presente proceso en calidad de apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 010 DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 2023**, notificado el 20 de noviembre de 2023, por medio del cual se declara como tercero civilmente responsable a la aseguradora que represento en razón de la Póliza de Manejo para Entidades Oficiales No. 1000095 y 1000116, solicitando desde ya, que se revoque el fallo en comento y se absuelva a los presuntos responsables y por ende a mi prohijada. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

El fallo con responsabilidad fiscal No. 010 de fecha 16 de noviembre de 2023, fue notificado el día **20 de noviembre de 2023**. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 610 y los artículos 74 y s.s. de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición y apelación deben interponerse en los cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, término que transcurre desde el día 21 de noviembre de 2023 hasta el 27 de noviembre de 2023. De esta forma, el presente recurso se interpone dentro de la oportunidad legalmente establecida.

II. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE MOTIVAN LA REVOCATORIA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL.

A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL POR LOS PRESUNTOS HECHOS GENERADORES DEL “DAÑO AL PATRIMONIO DEL ESTADO” - EXTRALIMITACIÓN AL LÍMITE TEMPORAL PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN FISCAL.

Se propone esta reparo en el entendido que, a lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado mediante la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista a la entidad contratante en la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero del 2014, entrega que superaba el valor real de los insumos adquiridos y en tal virtud, se dio inicio al proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019 -00858. Sin embargo, el auto de apertura No. 451 del referido proceso de responsabilidad fiscal solo fue emitido hasta el 06 de septiembre de 2019 y notificado el 11 de septiembre de la misma anualidad, por lo que claramente al haber transcurrido más de cinco (5) años desde el hecho generador como fundamento base para el presente proceso de responsabilidad fiscal y hasta la emisión del auto de apertura por parte del ente fiscal, es evidente que se ha configurado la caducidad de la acción fiscal por extralimitación en el ejercicio de la misma.

En materia de responsabilidad fiscal, los límites temporales para el ejercicio de la acción fiscal y la declaratoria de responsabilidad se rigen por lo establecido en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, que remite a la aplicación del artículo 9 de la Ley 610 de 2000. En este sentido, la norma en mención contempla las figuras de caducidad y prescripción, correspondiendo la primera al tiempo máximo que puede transcurrir entre la fecha de ocurrencia del hecho generador del daño patrimonial al Estado y la fecha en que se profiera el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Mientras que el término de prescripción hace alusión al tiempo máximo que debe transcurrir entre la fecha en que se dicta el auto de apertura y la fecha en que debe cobrar firmeza el fallo con responsabilidad fiscal.

Al respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*¹

Ahora bien, de manera específica al fenómeno de la caducidad, la Corte Constitucional en sentencia C 250 de 20011, estableció que *“la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarado por el juez oficiosamente”*.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

En este sentido, se resalta que los términos previstos en la disposición en mención para la fecha en que se profirió el auto de apertura contemplaban el lapso de cinco (5) años como término de caducidad, así:

*“Artículo 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, **prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9° de la Ley 610 de 2000**”.*

*“**ARTÍCULO 9. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.** Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Precisado lo anterior, para determinar el cómputo de la caducidad de la acción fiscal, resulta necesario indicar que el hecho dañino atribuido a los presuntos responsables radica en la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista a la entidad contratante por valor superior al costo real de los mismos, realizada en la primera semana del año 2014 en fecha del 01 al 10 de enero de la referida anualidad, por lo que el cómputo del término de la acción fiscal iniciaría con el referido hecho generador.

Vale la pena anotar en este sentido que los insumos referidos fueron producto de los pagos efectuados por la entidad contratante en el año 2013, de los cuales efectivamente se sufragó el costo del material correspondiente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013, tal como se logra corroborar a continuación:

Según audio aportado con el antecedente 054 de 2014, se puede determinar que el 8 de mayo de 2017, en la Contraloría Municipal de Popayán se realizó la continuación de la Audiencia de descargos del proceso de responsabilidad fiscal RF002-2016, en la cual se dio lectura al Auto 036 por el cual la jefe de la oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Popayán declara de oficio la nulidad del PRF002-2016, porque luego de solicitar al Gerente de Movilidad futura S.A.S que certifique con aportes de quien se había financiado el contrato de obra N° 01 de 2012 , Este mediante oficio contestó:

"Debidamente verificados los documentos contables del Proyecto Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán realizó los siguientes pagos con fuente de financiación de recursos nación otras fuentes a nombre Consorcio Vías Popayán , identificado con Nit 900580034-2 del contrato de obra pública N°01 de 2012."

Este documento no reposa dentro del expediente entregado, pero si aparecen 5 órdenes de pago en las cuales consta que la fuente de financiación es la Nación Otras Fuentes.

#	Orden de pago	Fecha	Valor	Concepto	Beneficiario	Fuente Financiación
1	54	Marzo 12 2013	834.087.440	Ctto de obra pública N° 01 de 2012	Consorcio vías Popayán	Nación otras fuentes
2	182	Junio 21 2013	127.449.484			
3	271	Agosto28 2013	417.174.583			
4	419	Nov 22 2013	760.600.545			
5	360	Oct 8 2013	253.075.905			

Además de lo anterior, según el informe técnico No. 20191E0062169 aportado por la entidad fiscal, se tiene que el contratista entregó los insumos de espacio público la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero de 2014, en cuantía de \$618'743.536, cuando en realidad el costo de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, según lo referido en el aludido informe técnico, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616 entre los dos valores, resultado del aumento del valor de los costos por entrega de los ítems, tal como se corrobora en el siguiente aparte del Auto No. 780 del 14 de octubre de 2021, que se cita:

Dentro de las gestiones adelantadas por el ente de control, se rindió informe técnico por un funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169²⁷ del 18 de julio del 2019, en que se indica lo siguiente, respecto de los insumos de espacio público entregados por el Contratista en la primera semana de 2014, que fueron tasados y aprobados por la entidad afectada, por la Procuraduría y por el Tribunal, en cuantía de \$618'743.536:

"Una vez se surte el proceso, Movilidad Futura hace un nuevo inventario, contratando un perito evaluador, el cual determina, por medio de un conteo de materiales el siguiente valor:

Item	nombre	unidad	cantidad	costo unitario	costo total
1	loseta Tactil	und	904	7.727	6.985.208
2	loseta gris de 40x40x20	und	318	6.308	1.993.328
3	tabletra 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.295
4	adoquin a25	unid	10508	686	7.277.068
5	Rampa de acceso vehivcular	und	29	51.000	1.479.000
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000
8	Separador A 170	und	36	131.000	4.716.000
COSTO MATERIAL ENTREGADO					\$38.972.920

Además, lo anterior se termina de corroborar con lo consignado por el ente fiscal en el Auto de apertura No. 451 del 06 de septiembre de 2019, el cual prevé lo siguiente:

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	44,240	39,992,960
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	38,143	12,053,188,o
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	41,609	158,432,796
4	Adoquín A-25	und	10608	37,476	397,545,408
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	54,600	1,583,400,o
6	Bordillo A-10	und	98	40,508	3,969,784,o
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	31,500	630.000,oo
8	Separador A-170	und	36	126,000	4.536,000.o

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$618,743,536,oo

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	7.727	6.985.208,o
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	6.308	1.993.328.o
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.296.o
4	Adoquín A-25	und	10608	686	7.277.088,o
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	61.000	1.479.000,o
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000,o
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000,oo
8	Separador A-170	und	36	131.000	4.716.000,o

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$38'972.920

Como resultado de lo anterior, es que el 06 de septiembre de 2019 la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República haya emitido el Auto de apertura No. 451. Así las cosas, se advierte que se encuentra caducada la acción fiscal para proferir fallo con responsabilidad fiscal respecto de los hechos generadores del presunto daño, por cuanto, el cómputo de los cinco años anteriores a la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal – 06 de septiembre de 2019 – se enmarca en esta oportunidad. Lo cual, para efectos prácticos se traduce en que el contratista entregó insumos de espacio público en cuantía de \$618.743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616, valor sobre el cual se estima el aparente detrimento patrimonial por el cual se surte este proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 201900858. Pese lo anterior, más de cinco (5) años y siete meses después, la Gerencia

Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, con fundamento en los hechos referidos, emitió el Auto de apertura No. 451 el 06 de septiembre de 2019.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que, resulta jurídicamente improcedente continuar con el proceso de responsabilidad fiscal respecto de los hechos ocurridos antes del 10 de enero de 2014, por cuanto se reúnen plenamente los presupuestos para declarar su archivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

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

En este sentido, debiéndose archivar el proceso de responsabilidad fiscal mediante el cual se estudian los hechos ocurridos durante el año 2013 y del 01 al 10 de enero de 2014, resulta procedente concluir que no es válido afectar ningún amparo que hubiere sido otorgado respecto de los hechos que aquí se debaten.

Por lo expuesto, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso de marras se ha configurado, sin ningún manto de duda, el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción fiscal y, en consecuencia, es procedente dar trámite al archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal, porque la acción ni siquiera podía haberse iniciado.

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

Según los aparentes hechos descritos como base de la presente acción, se debe tener en cuenta que a partir de la base argumentativa y probatoria del Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. PRF-2019-00858, no se puede concluir que se configure alguna responsabilidad en cabeza del presunto responsable fiscal, señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante, en su condición de Gerente de Movilidad Futura S.A.S., toda vez que el presunto hecho generador del daño, se describe de forma errónea por el ente fiscal dentro del Auto No. 384 del 17 de junio de 2022, en dos fechas distintas, la primera, se encuentra descrita en el acápite de hechos aduciendo que las “*presuntas irregularidades presentadas en el pago de un mayor valor respecto de insumos de espacio público entregados por el Contratista en el mes de diciembre de*

2014, en virtud del Contrato 001-2014 celebrado entre Movilidad Futura y el Consorcio Vías Popayán.

La segunda se encuentra en el acápite de *caducidad* en la cual se describe que “*la liquidación de convenio cuestionado, se suscribió ante la Procuraduría por las partes y con ocasión de la liquidación errada presentada por la entidad afectada, el 22 de diciembre del 2015*”. Sin embargo, no se logra acreditar de ninguna manera en el presente asunto que el hecho generador hubiese radicado en laguna de las precitadas fechas. Lo anterior, por cuanto no obra en el plenario ninguna prueba idónea, útil y conducente, acerca de algún tipo de acción u omisión en cabeza del imputado señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante que se hubiera producido concomitante o anticipadamente a los hechos que son objeto de debate por los cuales se hubiera producido el daño.

En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 2004-120, mediante sentencia del 06 de diciembre de 2017, consejero ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, precisó:

*“Primero, **frente a los elementos de la responsabilidad** que se ven envueltos en la expresión ‘condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó los daños al grupo’, el Consejo de Estado considera que, no solo se hace referencia al **NEXO DE CAUSALIDAD**, sino también y de forma principal, al **HECHO GENERADOR DEL DAÑO**, puesto que se habla de condiciones uniformes respecto de una misma **CAUSA** del daño, por lo que el primer paso que debe darse en este análisis, es identificar los hechos generadores del daño que se alegan en el caso concreto, los cuales deben aparecer como comunes a todos los miembros del grupo.*

*“**EL HECHO GENERADOR DEL DAÑO es aquella circunstancia que genera los respectivos perjuicios sufridos, es la acción u omisión, en sí misma considerada, por la cual se cree se causaron los daños;** en frente de este, la administración de justicia cuando va a admitir una demanda de acción de grupo, debe identificar que los daños sufridos por la pluralidad de personas, se imputan a un mismo hecho generador, para de allí extraer las condiciones uniformes que los identifican como **GRUPO**”⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)².*

Así mismo, el artículo 114 literal a de la Ley 1474 de 2011 prevé que solo para la continuación de la acción, el ente fiscal debe determinar la ocurrencia de hechos generadores del daño patrimonial al Estado, al respecto prevé lo siguiente:

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, radicación 2001-120. . Diciembre 06 de 2017.

“a) Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado”

Acotado lo anterior, se advierte que el hecho generador del daño es el primer elemento de la responsabilidad que debe ser objeto de prueba, como quiera que este corresponde a aquella acción u omisión que desencadena los efectos indemnizatorios de la producción del daño. De manera que, corresponderá al ente fiscal acreditar suficientemente la conducta de la cual se derive la producción del daño.

En este entendido, revisada la totalidad de las piezas del expediente, se advierte que mediante las actuaciones llevadas a cabo en el transcurso del primer proceso de responsabilidad fiscal No. PRF002-2016 desde el año 2015 por parte de la Contraloría Municipal de Popayán, el cual, en fecha del 12 de mayo de 2017 a través del Oficio SIGEDOC 2017ER0047540, fue remitido a la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República, en razón a que la primera carecía de competencia para continuar con el PRF0022016, a lo largo de la investigación, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial con ocasión a presuntas irregularidades presentadas durante la ejecución del contrato No. 01 de 2012.

Lo anterior, en cuanto a que desde la primera semana del año 2014, el contratista habría entregado insumos de espacio público en cuantía de \$618.743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616, valor sobre el cual se realiza el aparente detrimento patrimonial por el cual se surte este proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 2019-00858, en cuanto, en la entrega realizada por el contratista de insumos de espacio público, se aumentó el valor de los costos reales del material de obra.

Además de lo anterior, de acuerdo al Auto de apertura No. Auto No. 451 del 06 de septiembre de 2019, se tiene que el referido material de obra fue originado de los pagos efectuados por la entidad en el año 2013, de los cuales se sufragó el costo del material referente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013, como se logra corroborar a continuación:

Según audio aportado con el antecedente 054 de 2014, se puede determinar que el 8 de mayo de 2017, en la Contraloría Municipal de Popayán se realizó la continuación de la Audiencia de descargos del proceso de responsabilidad fiscal RF002-2016, en la cual se dio lectura al Auto 036 por el cual la jefe de la oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Popayán declara de oficio la nulidad del PRF002-2016, porque luego de solicitar al Gerente de Movilidad futura S.A.S que certifique con aportes de quien se había financiado el contrato de obra N° 01 de 2012 , Este mediante oficio contestó:

"Debidamente verificados los documentos contables del Proyecto Sistema Estratégico de Trasporte Público de Pasajeros de Popayán realizó los siguientes pagos con fuente de financiación de recursos nación otras fuentes a nombre Consorcio Vías Popayán , identificado con Nit 900580034-2 del contrato de obra pública N°01 de 2012."

Este documento no reposa dentro del expediente entregado, pero si aparecen 5 órdenes de pago en las cuales consta que la fuente de financiación es la Nación Otras Fuentes.

#	Orden de pago	Fecha	Valor	Concepto	Beneficiario	Fuente Financiación
1	54	Marzo 12 2013	834.087.440	Ctto de obra pública N° 01 de 2012	Consorcio vías Popayán	Nación otras fuentes
2	182	Junio 21 2013	127.449.484			
3	271	Agosto28 2013	417.174.583			
4	419	Nov 22 2013	760.600.545			
5	360	Oct 8 2013	253.075.905			

Además de lo anterior, según el informe técnico No. 20191E0062169 aportado por la entidad fiscal, se tiene que el contratista entregó los insumos de espacio público la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero de 2014, y los cuales se entregaron en cuantía de \$618'743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, según lo referido en el informe técnico, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616 entre los dos valores, resultado del aumento del valor de los costos por entrega de los ítems, tal como se corrobora en el siguiente aparte del Auto No. 780 del 14 de octubre de 2021:

Dentro de las gestiones adelantadas por el ente de control, se rindió informe técnico por un funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169²⁷ del 18 de julio del 2019, en que se indica lo siguiente, respecto de los insumos de espacio público entregados por el Contratista en la primera semana de 2014, que fueron tasados y aprobados por la entidad afectada, por la Procuraduría y por el Tribunal, en cuantía de \$618'743.536:

"Una vez se surte el proceso, Movilidad Futura hace un nuevo inventario, contratando un perito evaluador, el cual determina, por medio de un conteo de materiales el siguiente valor:

Item	nombre	unidad	cantidad	costo unitario	costo total
1	loseta Tactil	und	904	7.727	6.985.208
2	loseta gris de 40x40x20	und	318	6.308	1.993.328
3	tabletra 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.295
4	adoquin a25	unid	10508	686	7.277.068
5	Rampa de acceso vehivcular	und	29	51.000	1.479.000
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000
8	Separador A 170	und	36	131.000	4.716.000
COSTO MATERIAL ENTREGADO					\$38.972.920

Además, lo anterior se termina de corroborar con lo consignado por el ente fiscal en el Auto de apertura No. Auto No. 451 del 06 de septiembre de 2019, el cual prevé lo siguiente:

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	44,240	39,992,960
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	38,143	12,053,188,0
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	41,609	158,432,796
4	Adoquín A-25	und	10608	37,476	397,545,408
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	54,600	1,583,400,0
6	Bordillo A-10	und	98	40,508	3,969,784,0
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	31,500	630,000,00

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
8	Separador A-170	und	36	126,000	4,536,000,0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$618,743,536,00

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	7,727	6,985,208,0
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	6,308	1,993,328,0
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	3,274	12,454,296,0
4	Adoquín A-25	und	10608	686	7,277,088,0
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	51,000	1,479,000,0
6	Bordillo A-10	und	98	36,000	3,528,000,0
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27,000	540,000,00
8	Separador A-170	und	36	131,000	4,716,000,0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$38'972.920

Bajo esa coyuntura, es pertinente reiterar que los pagos realizados por la sociedad Movilidad Futura S.A.S. al contratista Consorcio Vías Popayán con ocasión al contrato de Obra No.01 de 2012, tuvieron lugar en el año 2013, tal como se corrobora en el Auto No. 451 del 06 de septiembre de 2019, en el cual se describen las órdenes de pago allegadas por el entonces Gerente de Movilidad Futura S.A.S., además, el Auto 451 del 06 de septiembre de 2019 refiere la relación de costos de material entregado por el Consorcio Vías Popayán en la primera semana del año 2014.

Del examen anterior se corrobora indetectiblemente que el hecho generador del presente proceso de responsabilidad fiscal tuvo lugar la primera semana del año 2014, con ocasión a la entrega de insumos hecha por el contratista a la entidad contratante, cuyo valor real no fue el allí relacionado sino uno evidentemente inferior. Situación que es sustentada mediante los Autos No.115, 451 780 y 481, y especialmente mediante el informe técnico rendido por el funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169, fundamento con el cual se vincula al

proceso de responsabilidad fiscal a mi prohijada. Por lo que, no es procedente lo expuesto por el ente fiscal que se limita a describir dos fechas distintas con situaciones que no corresponden en ninguna forma al hecho generador del presente asunto. Máxime cuando se encuentran acreditadas las condiciones de modo, tiempo y lugar en los que se produjo el presunto detrimento y que son corroborados a su vez por el mismo ente fiscal.

Al respecto, no debe perderse de que vista que la carga de la prueba acerca de los elementos de la responsabilidad recae sobre el ente fiscal, por cuanto su mero dicho no constituye medio de prueba acerca de las circunstancias referidas. En tal sentido se ha referido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, magistrado ponente: Gerardo Botero Zuluaga, SL113252016, mediante sentencia del 01 de junio de 2016, que dispuso:

*“Planteadas así las cosas, debe decirse que no es cierto lo manifestado por el recurrente en el sentido de que en este asunto la parte actora estaba relevada por completo de la carga de la prueba, habida cuenta que es sabido que quien pretende un derecho tiene la carga de alegar y probar los hechos que lo producen, pues **«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda,** desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Frente a este particular, resulta de suma importancia citar una providencia del Tribunal Superior de Bogotá, la cual es clara al explicar que la sola afirmación de la demandante de ninguna manera puede constituir plena prueba de un supuesto fáctico. La citada providencia explica lo siguiente:

“Y es que pasó inadvertida la Superintendencia Financiera de Colombia que conforme lo establecen el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la parte demandante probar los supuestos fácticos en los cuales fundamenta sus pretensiones, en tanto que la sola afirmación de quien lo alega no es constitutiva de plena prueba del hecho o acto, ya que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirma, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“...es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien

pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que 'es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez". (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, afincada en una tesis desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, se ha decantado en el sentido de explicar que el mero dicho de una parte no basta para probar un supuesto de hecho. En tal virtud, aterrizando tal teoría al caso concreto, es dable afirmar que en el presente asunto no se logró acreditar el presunto hecho generador del daño descrito por el ente fiscal. Por el contrario, lo que se corrobora mediante los Autos No.115, 451 780 y 481, y especialmente mediante el informe técnico rendido por el funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169, fundamento con el cual se vincula al proceso de responsabilidad fiscal a mi prohijada, es que el hecho generador de la presunta responsabilidad fiscal que el ente fiscal pretende endilgar, se circunscribe, por un lado, al pago realizado por la entidad contratante que dio origen a los insumos de espacio público, y de otro, a la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista durante la ejecución del contrato de Obra No. 01 de 2012, que al parecer ocasionó un detrimento patrimonial en perjuicio del Estado por valor de \$579.770.616.

Lo anterior, en cuanto desde la primera semana del año 2014, el contratista habría entregado insumos de espacio público en cuantía de \$618.743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616, valor sobre el cual se realiza el aparente detrimento patrimonial por el cual se surte este proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 2019-00858, en cuanto, en la entrega realizada por el contratista de insumos de espacio público, se aumentó el valor de los costos reales del material de obra.

Además, los pagos efectuados por la entidad en el año 2013, de los cuales se pagó el costo del material referente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013.

En conclusión, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto no existe una sola prueba que acredite que el hecho generador corresponda a la liquidación del contrato de Obra No. 02 de 2012 o a que los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, hayan ocurrido en diciembre de 2014. Es decir, no hay prueba alguna que hubiera dado mérito al hecho generador en el presente asunto. Es decir, al no existir prueba del hecho generador expresado por el ente fiscal, no es dable endilgar la responsabilidad aquí deprecada.

C. EN EL PRESENTE ASUNTO NO SE REUNEN LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA QUE CONDUZCA A LA CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS INVESTIGADOS.

El ente de control señala que, debido a las presuntas irregularidades presentadas en el pago de un mayor valor respecto de insumos de espacio público entregados por el Contratista en el mes de diciembre de 2014, en virtud del Contrato 001-2014 celebrado entre Movilidad Futura y el Consorcio Vías Popayán se causó un detrimento patrimonial por el valor indexado de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$896.224.783)**. Sin embargo, el mismo es inexistente toda vez que, los contratistas realizaron un acuerdo de pago con la entidad Movilidad Futura y actualmente cursa un proceso ejecutivo en el Juzgado Cuarto Administrativo de Popayán, por lo tanto, el fallo con responsabilidad objeto del presente recurso estaría enriqueciendo a la entidad “*movilidad Futura*”; circunstancia que, por supuesto, se encuentra por fuera del objeto de los procesos de responsabilidad fiscal.

Para que se configure y se reconozca la existencia de una responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido por la 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 (...)*”

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

“(…) Para que pueda proferirse decisión declarando la responsabilidad fiscal es menester que en el procedimiento concurren tres características: (i) Un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación. (ii) Un elemento subjetivo que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquel haya actuado al menos con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal (…)”

En este sentido, también vale la pena analizar la Sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor 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” (...)³ Subrayado y negrilla fuera del texto original*

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

*“(...) La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución 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**” (...)⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se configuró dicho detrimento patrimonial, y que, de tal suerte, el fallo en comento no valoró adecuadamente las pruebas incorporadas.

³ Ibidem.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-0002007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.

El órgano de control manifestó que, los aquí investigados no tuvieron una conducta suficientemente acuciosa y diligente en lo relacionado con sus responsabilidades de mantener a la entidad informada sobre irregularidades que se presentaran en el contrato y adicionalmente a lo relacionado con la ejecución del mismo, por lo tanto, su conducta es inexcusable de omisión; sin embargo, el ente de control pasa desapercibido las actuaciones que han adelantado los contratistas con el fin de realizar el pago de lo acordado en el acuerdo conciliatorio a favor de Movilidad Futura, así como también los depósitos judiciales constituidos y que se encuentran a favor de la entidad. Es decir, que no se encuentra fehacientemente acreditado el daño patrimonial que aduce la entidad.

Frente a esta determinación del órgano de control, es preciso señalar que no está acreditado fehacientemente el menoscabo del patrimonio del Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán “Movilidad Futura”. De acuerdo con los elementos materiales probatorios que reposan en el plenario, se observa que el contrato se llevó a cabo y a lo que hace referencia el ente de control fue materializado al tenor de lo contratado y para resolver las necesidades que “Movilidad Futura” requería.

Por lo anterior, no puede hablarse de la existencia de un detrimento patrimonial al Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán “Movilidad Futura” como quiera que el contrato se desarrolló dentro de los parámetros legales permitidos y adicionalmente a ello ambos cumplieron las responsabilidades que se les asignó. En ese sentido, el contrato se ejecutó y culminó de acuerdo a las garantías constitucionales que estos cargos públicos exigen para la satisfacción de los derechos e intereses de la ciudadanía. De contera, la contratación reprochada se ajustó a derecho y fue ejercida en el marco de una gestión fiscal eficiente. Adicionalmente, los contratistas ya cuentan con una orden de pago en contra, por lo tanto, el detrimento patrimonial señalado por el ente de control enriquecería a la entidad “Movilidad Futura”.

En concordancia con lo indicado, no es posible establecer que se generó un detrimento patrimonial al Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán “Movilidad Futura”, cuando la administración y manejo del patrimonio de la misma por parte de los investigados, se ajustó a derecho y fue en ejercicio de una gestión económica y fiscal eficiente.

Por lo anterior, solicito respetuosamente al órgano de control se sirva revocar el fallo con responsabilidad Fiscal, se absuelva a los investigados y en consecuencia a mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** de afectar los contratos de seguros vinculados en esta causa.

III. FRENTE DECLARATORIA DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE-PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Es esencial que el Ente de Control Fiscal tenga claro que la vinculación de las compañías aseguradoras en este tipo de causas debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de las pólizas invocadas para requerir su vinculación, siendo menester la sujeción a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal, para determinar si es o no procedente su vinculación.

Se recuerda que el único nexo que tienen las compañías en el asunto fiscal es por responsabilidad civil, precisamente en razón a que del contrato de seguro se deriva única y exclusivamente su participación en el proceso y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya lesiva para el erario público, por lo que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTO ASUNTO OPERÓ EL FENÓMENO PRESCRIPTIVO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS.

A lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado mediante la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista a la entidad contratante en la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero del 2014, entrega que superaba el valor real de los insumos adquiridos y razón por la cual, se da inicio al proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019 -00858. Sin embargo, el fallo con responsabilidad fiscal No. 010 del referido proceso solo fue emitido hasta el 16 de noviembre de 2023 y notificado el 20 de noviembre de la misma anualidad, por lo que claramente al haber transcurrido más de cinco (5) años desde el hecho generador como fundamento base para el presente proceso de responsabilidad fiscal y hasta la emisión del fallo por parte del ente fiscal, es evidente que se ha configurado la prescripción derivada de los contratos de seguro por los cuales fue vinculada la compañía de seguros.

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. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en el fallo proferido, el Despacho erróneamente decide inaplicar el artículo 1081 del C de Co. respecto de la prescripción del contrato de seguro, sustentando su argumento en los siguientes términos: *“En consideración de lo expuesto, no es aceptable bajo ningún punto de vista el argumento de la defensa de la aseguradora consistente en reclamar la prescripción del contrato de seguro conforme a las normas del C. de Co., y no bajo el régimen del Proceso de responsabilidad Fiscal prescrito en la Ley 610 de 2000, pues contrario a lo que considera, es precisamente esta Ley la norma que establece la inaplicación del régimen prescrito en el C. de Co., por ser una norma especial; e independiente de los pronunciamientos que se hayan invocado con anterioridad por parte de este despacho, el análisis arriba ofrecido, a la luz de las jurisprudencias invocadas y los principios aplicados son un sustento lógico y coherente para asegurar que la defensa planteada no está llamada prosperar.”*

Al respecto, es de suma importancia ponerle de presente al despacho, 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 consagrada en el artículo 1081 del C. Co, **puede ser alegada, y debe ser reconocida, cuando se configure en los procesos de 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.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Vale la pena mencionar, que no solamente el fallo previamente citado exige expresamente el reconocimiento por parte de la Contraloría de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro cuando haya lugar, sino que, además, existe 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 craza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe 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...” ⁵(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta forma, el régimen de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro regula sobre las mismas acciones, dos clases de prescripción: la ordinaria y la extraordinaria. En relación con el término a partir del cual se principia el cómputo de la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia, dispuso:

“(…) señaló que la prescripción extraordinaria irrumpirá a partir del surgimiento, en el cosmos jurídico, del respectivo derecho, independientemente de cualquier enteramiento que sobre su existencia tenga o no el titular; basta pues su floración, como tal, para que la prescripción extraordinaria empiece a correr. De ahí su caracterizada y anunciada objetividad, que se contrapone, por completo, a la más mínima subjetividad.

“(…) La extraordinaria se inicia a partir de cuando nace el derecho, objetivamente considerado. Por ello, conforme ya se observó, opera frente a toda clase de personas y al margen de cualquier conocimiento (real o efectivo, presunto o presuntivo)”⁶. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Expuesto lo anterior, vale la pena anotar en este sentido que los insumos referidos fueron producto de los pagos efectuados por la entidad contratante en el año 2013, de los cuales efectivamente se pagó el costo del material correspondiente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, pagos que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013, tal como se logra corroborar a continuación:

⁵ 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.

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto No. 1999030521-2. Agosto 2 de 1999.

Según audio aportado con el antecedente 054 de 2014, se puede determinar que el 8 de mayo de 2017, en la Contraloría Municipal de Popayán se realizó la continuación de la Audiencia de descargos del proceso de responsabilidad fiscal RF002-2016, en la cual se dio lectura al Auto 036 por el cual la jefe de la oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Popayán declara de oficio la nulidad del PRF002-2016, porque luego de solicitar al Gerente de Movilidad futura S.A.S que certifique con aportes de quien se había financiado el contrato de obra N° 01 de 2012 , Este mediante oficio contestó:

"Debidamente verificados los documentos contables del Proyecto Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán realizó los siguientes pagos con fuente de financiación de recursos nación otras fuentes a nombre Consorcio Vías Popayán , identificado con Nit 900580034-2 del contrato de obra pública N°01 de 2012. "

Este documento no reposa dentro del expediente entregado, pero si aparecen 5 órdenes de pago en las cuales consta que la fuente de financiación es la Nación Otras Fuentes.

#	Orden de pago	Fecha	Valor	Concepto	Beneficiario	Fuente Financiación
1	54	Marzo 12 2013	834.087.440	Ctto de obra pública N° 01 de 2012	Consorcio vías Popayán	Nación otras fuentes
2	182	Junio 21 2013	127.449.484			
3	271	Agosto28 2013	417.174.583			
4	419	Nov 22 2013	760.600.545			
5	360	Oct 8 2013	253.075.905			

Además de lo anterior, según el informe técnico No. 20191E0062169 aportado por la entidad fiscal, se tiene que el contratista entregó los insumos de espacio público la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero de 2014, en cuantía de \$618'743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, según lo referido en el aludido informe técnico, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616 entre los dos valores, resultado del aumento del valor de los costos por entrega de los ítems, tal como se corrobora en el siguiente aparte del Auto No. 780 del 14 de octubre de 2021:

Dentro de las gestiones adelantadas por el ente de control, se rindió informe técnico por un funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169²⁷ del 18 de julio del 2019, en que se indica lo siguiente, respecto de los insumos de espacio público entregados por el Contratista en la primera semana de 2014, que fueron tasados y aprobados por la entidad afectada, por la Procuraduría y por el Tribunal, en cuantía de \$618'743.536:

"Una vez se surte el proceso, Movilidad Futura hace un nuevo inventario, contratando un perito evaluador, el cual determina, por medio de un conteo de materiales el siguiente valor:

item	nombre	unidad	cantidad	costo unitario	costo total
1	loseta Tactil	und	904	7.727	6.985.208
2	loseta gris de 40x40x20	und	318	6.308	1.993.328
3	tabletra de 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.295
4	adoquin a25	unid	10508	686	7.277.068
5	Rampa de acceso vehivcular	und	29	51.000	1.479.000
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000
8	Separador A 170	und	36	131.000	4.716.000
COSTO MATERIAL ENTREGADO					\$38.972.920

Además, lo anterior se termina de corroborar con lo consignado por el ente fiscal en el Auto de apertura No. 451 del 06 de septiembre de 2019, el cual prevé lo siguiente:

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	Loseta táctil	und	904	44,240	39,992,960
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	38,143	12,053,188,0
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	41,609	158,432,796
4	Adoquín A-25	und	10608	37,476	397,545,408
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	54,600	1,583,400,0
6	Bordillo A-10	und	98	40,508	3,969,784,0
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	31,500	630.000,00

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
8	Separador A-170	und	36	126,000	4.536.000,0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$618,743,536,00

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	Loseta táctil	und	904	7.727	6.985.208,0
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	6.308	1.993.328,0
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.296,0
4	Adoquín A-25	und	10608	686	7.277.088,0
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	51.000	1.479.000,0
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000,0
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000,00
8	Separador A-170	und	36	131.000	4.716.000,0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$38'972.920

Resultado de lo anterior, es que el 06 de septiembre de 2019 la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca de la Contraloría General de la República haya emitido el Auto de apertura No. 451, mediante el cual es vinculada la compañía de seguros, en lo referente a las pólizas No. 1000095 y 1000116. De esa manera, al contabilizarse el término de la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, debe tenerse en cuenta que la aparente existencia de un detrimento patrimonial radica en la entrega de insumos de espacio público realizada por el contratista a la entidad contratante en la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero del 2014, entrega que superaba el valor real de los insumos adquiridos y que dio lugar al inicio del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019 -00858. Ahora bien, teniendo en cuenta que la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro opera dentro de los cinco años siguientes a la ocurrencia de los hechos, no hay ningún tipo de duda, que la acción se encuentra totalmente prescrita.

Lo anterior, por cuanto el fallo con responsabilidad fiscal solo fue emitido hasta el 16 de noviembre de 2023 y notificado a la compañía de seguros el 20 de noviembre de la misma anualidad. Es decir, después de cinco (5) años a la ocurrencia de los hechos que dieron inicio al proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-00858, por lo cual, es evidente que, en el presente caso, operó la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

En conclusión, ha operado en el presente caso el fenómeno prescriptivo de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, por cuanto en este caso han transcurrido más de cinco (5) años desde la ocurrencia de los hechos generadores que aparentemente ocasionaron el detrimento al patrimonio del Estado (10 de enero de 2014) y la emisión del fallo con responsabilidad fiscal No. 010 (16 de noviembre de 2023). No existe duda alguna que ha operado la prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro que se encuentra en cabeza del ente fiscal en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio. Lo anterior, por cuanto es claro que el término prescriptivo feneció con creces, por cuanto transcurrieron más de cinco (5) años desde el acontecimiento de los hechos generadores.

Visto lo anterior, de todas maneras, resulta necesario establecer que la prescripción del contrato de seguro, a las voces del artículo 1081 del C de Co. se configuró, sin que se expidiera fallo con responsabilidad fiscal y sin haberse ejercido ninguna acción de las que del contrato de seguro se derivan, permitiendo la ocurrencia de la prescripción extintiva de cualquier derecho que pueda reclamarse con sustento en la Pólizas de Seguro No. 1000095 y 1000116, sin perjuicio de que se encuentra acreditado con suficiencia la ausencia de responsabilidad.

Por todo lo anterior, se solicita al órgano de control tener por probado este reparo.

B. EL ÓRGANO DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

Es fundamental que el Honorable despacho tome en consideración que, en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato aseguratorio respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁷

Lo anteriormente mencionado, debe ser interpretado armónicamente con los principios generales del derecho comercial denominados “autonomía de la voluntad” y “buena fe”, tal como lo explica la Corte Constitucional en sentencia T-065 de 2015, de la siguiente manera:

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

*5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada**. Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo de situaciones exige un elemento subjetivo, que se refiere a la intención del actor, y un objetivo, que tiene que ver con la efectiva realización del comportamiento esperado.*

*5.4. **En conclusión, la celebración y ejecución de un contrato de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe, le permite a cada uno de los contratantes confiar en la palabra del otro y tener una expectativa cierta de los efectos jurídicos del acuerdo celebrado**. De esta manera, la alteración unilateral de alguno de los términos contractuales, o su lectura literal y maliciosa, se traducirían en un acto sorpresivo que traicionaría la confianza depositada.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

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

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

Lo anterior, en cuanto luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa al señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante en su calidad de gerente de Movilidad Futura S.A.S. 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 de los implicados, 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 señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante como 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 declarar la responsabilidad fiscal en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

Finalmente, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante en calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S., se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de las Pólizas de Seguro No. 1000095 y 1000116, 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 **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. PRF-2019-008589.

C. EL DESPACHO NO TUVO EN CUENTA LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS No. 1000095 y 1000116.

Es imperativo recordar que las pólizas de seguro No. 1000095 y 1000116, fueron suscritas entre la Previsora S.A. Compañía de Seguros y Movilidad Futura S.A.S - Sistema Estratégico de Transporte PUB, bajo una modalidad de cobertura denominada ocurrencia, modalidad que se caracteriza en el sentido que, lo que importa es que el hecho dañoso se produzca en la vigencia del contrato de seguro más no si el requerimiento por el interesado se realiza cuando la póliza haya expirado. Así las cosas, para el caso en particular, se tiene que el Auto No.384 mediante el cual se imputa responsabilidad fiscal a unos presuntos responsables y se ordena la desvinculación en favor de los demás investigados, prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial con ocasión a presuntas irregularidades presentadas durante la ejecución del contrato No. 01 de 2012. Lo anterior, en cuanto desde la primera semana del año 2014, el contratista habría entregado insumos de espacio público en cuantía de \$618.743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no

sobrepasaba la suma de \$38.972.920, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616, valor sobre el cual se estima el aparente detrimento patrimonial por el cual se surte este proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto entre los dos valores, se aumentó el valor de los costos por entrega de los ítems.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los riesgos dentro de la póliza deben ser determinados temporalmente, en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes. De modo que los mismos deberán ser respetados puesto que así lo han pactado las partes en el contrato de seguro:

*“Previo a abordar la problemática anunciada, conviene dejar sentado que: Si, por definición, el riesgo es la posibilidad de realización de un evento susceptible de producir un daño (siniestro) previsto en el contrato, va de suyo que, en el marco de la autonomía de la voluntad y de las normas legales imperativas y relativamente imperativas, las partes deberán acordar la determinación del riesgo cubierto. En efecto, el interés asegurado no es factible hallarlo asegurado bajo cualquier circunstancia o causa, sin límites temporales, o en cualquier lugar que se halle o ubique. Por el contrario, **se hace necesario delimitar el riesgo causal, temporal y espacialmente.**”⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De lo anterior, es claro que la jurisprudencia ha precisado que es necesario que el hecho ocurra dentro de la delimitación temporal de la Póliza, para que sea jurídicamente posible la afectación de esta. Por tanto, resulta indispensable que el riesgo asegurado haya acaecido dentro de los extremos temporales fijados en el contrato de seguro. En el mismo sentido, la legislación colombiana estableció en el artículo 1057 del Código de Comercio, desde qué momento se asumen los riesgos por parte de la Aseguradora, así:

“ARTÍCULO 1057. TÉRMINO DESDE EL CUAL SE ASUMEN LOS RIESGOS.
En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato.”

En consecuencia, la compañía aseguradora se entenderá obligada a prestar cobertura de los amparos otorgados única y exclusivamente dentro del término de vigencia del contrato de seguro, en tanto, este corresponde al marco temporal por el cual la entidad asume los riesgos. En este sentido, previo a realizar el análisis con relación a los amparos otorgados, es necesario determinar que el supuesto objeto de reclamación se enmarca en la vigencia del contrato. Supuesto que, conforme quedó explicado, no se configuró en este caso.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC3893 de 2020. Radicación 2015-00826. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Aunado lo anterior, es de suma importancia explicar que el artículo 1054 del Código de Comercio contiene una disposición que refiere, que el riesgo es la condición indispensable para hacer efectivo el contrato de seguro. Dicha normativa, establece expresamente lo siguiente:

“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”.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia CS3273 del 2020, prevé lo siguiente:

“El riesgo, en consecuencia, condiciona el surgimiento de la obligación sometida a una condición a cargo de la aseguradora. Se define en el artículo 1054 ibídem, como 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 asegurado”.

Bajo esa tesitura, es pertinente rememorar que los pagos realizados por la sociedad Movilidad Futura S.A.S. al contratista Consorcio Vías Popayán con ocasión al contrato de obra No.01 de 2012, tuvieron lugar en el año 2013, tal como se corrobora en el Auto No. 451 del 06 de septiembre de 2019, en el cual se describen las órdenes de pago allegadas por el entonces Gerente de Movilidad Futura S.A.S., tal como se logra verificar a continuación:

Según audio aportado con el antecedente 054 de 2014, se puede determinar que el 8 de mayo de 2017, en la Contraloría Municipal de Popayán se realizó la continuación de la Audiencia de descargos del proceso de responsabilidad fiscal RF002-2016, en la cual se dio lectura al Auto 036 por el cual la jefe de la oficina de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Popayán declara de oficio la nulidad del PRF002-2016, porque luego de solicitar al Gerente de Movilidad futura S.A.S que certifique con aportes de quien se había financiado el contrato de obra N° 01 de 2012 , Este mediante oficio contestó:

"Debidamente verificados los documentos contables del Proyecto Sistema Estratégico de Transporte Público de Pasajeros de Popayán realizó los siguientes pagos con fuente de financiación de recursos nación otras fuentes a nombre Consorcio Vías Popayán , identificado con Nit 900580034-2 del contrato de obra pública N°01 de 2012."

Este documento no reposa dentro del expediente entregado, pero si aparecen 5 órdenes de pago en las cuales consta que la fuente de financiación es la Nación Otras Fuentes.

#	Orden de pago	Fecha	Valor	Concepto	Beneficiario	Fuente Financiación
1	54	Marzo 12 2013	834.087.440	Ctto de obra pública N° 01 de 2012	Consorcio vías Popayán	Nación otras fuentes
2	182	Junio 21 2013	127.449.484			
3	271	Agosto28 2013	417.174.583			
4	419	Nov 22 2013	760.600.545			
5	360	Oct 8 2013	253.075.905			

Aunado lo anterior, el Auto 451 del 06 de septiembre de 2019 refiere la relación de costos de material entregado por el Consorcio Vías Popayán en la primera semana del año 2014, de la siguiente forma:

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	44,240	39,992,960
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	38,143	12,053,188,0
3	Tablita de 40x20x6	und	3804	41,609	158,432,796
4	Adoquín A-25	und	10808	37,476	397,545,408
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	54,600	1,583,400,0
6	Bordillo A-10	und	98	40,508	3,969,784,0
7	Bórdillo de 80x35x20	und	20	31,500	630.000,00
8	Separador A-170	und	36	126,000	4'536,000.0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO \$618,743.536,00

Item	Nombre	Unidad	Cantidad	Costo unitario	Costo total
1	loseta táctil	und	904	7.727	6.985.208,0
2	Loseta Gris 40x40x20	und	316	6.308	1.993.328,0
3	Tableta de 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.296,0
4	Adoquin A-25	und	10608	686	7.277.088,0
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	51.000	1.479.000,0
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000,0
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000,00
8	Separador A-170	und	36	131.000	4.716.000,0

COSTO MATERIAL OBRA ENTREGADO

\$38'972.920

Así mismo, el Auto No. 780 del 14 de octubre de 2021 dispone lo siguiente:

Dentro de las gestiones adelantadas por el ente de control, se rindió informe técnico por un funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169²⁷ del 18 de julio del 2019, en que se indica lo siguiente, respecto de los insumos de espacio público entregados por el Contratista en la primera semana de 2014, que fueron tasados y aprobados por la entidad afectada, por la Procuraduría y por el Tribunal, en cuantía de \$618'743.536:

“Una vez se surte el proceso, Movilidad Futura hace un nuevo inventario, contratando un perito evaluador, el cual determina, por medio de un conteo de materiales el siguiente valor:

Item	nombre	unidad	cantidad	costo unitario	costo total
1	loseta Táctil	und	904	7.727	6.985.208
2	loseta gris de 40x40x20	und	318	6.308	1.993.328
3	tabletra de 40x20x6	und	3804	3.274	12.454.295
4	adoquin a25	unid	10508	686	7.277.068
5	Rampa de acceso vehicular	und	29	51.000	1.479.000
6	Bordillo A-10	und	98	36.000	3.528.000
7	Bordillo de 80x35x20	und	20	27.000	540.000
8	Separador A 170	und	36	131.000	4.716.000
COSTO MATERIAL ENTREGADO					\$38.972.920

Del examen anterior se corrobora indefectiblemente que el hecho generador del presente proceso de responsabilidad fiscal tuvo lugar a inicios del año 2014, con ocasión a la entrega de unos insumos efectuados por el contratista a la entidad contratante, cuyo valor real no fue el allí relacionado sino uno evidentemente inferior. Situación que es sustentada mediante los Autos No.115, 451 780 y 481, y especialmente mediante el informe técnico rendido por el funcionario de la Contraloría General de la República con radicado 20191E0062169, fundamento con el cual se vincula al proceso de responsabilidad fiscal a mi prohijada.

En ese contexto, es pertinente poner de manifiesto que la vigencia de la Póliza No.1000095 corresponde a los periodos del 03 de abril de 2014 al 03 de octubre de 2015, y la vigencia de la Póliza No. 1000116 corresponde a los periodos del 03 de octubre de 2015 al 01 de enero de 2017, por lo que al haberse pactado las aludidas pólizas bajo la modalidad de ocurrencia, mi prohijada

asumió el riesgo contenido en los aludidos contratos de seguro, desde el 03 de abril de 2014 hasta el 01 de enero de 2017. Por lo anterior, teniendo en cuenta que los pagos efectuados por la entidad en el año 2013, de los cuales se pagó el costo del material referente a los insumos de espacio público entregados por el contratista a la entidad contratante, y que fueron realizados en las fechas: (i) 12 de marzo de 2013, (ii) 21 de junio de 2013, (iii) 28 de agosto de 2013, (vi) 22 de noviembre de 2013 y (v) 08 de octubre de 2013, correspondiendo a un pago total de \$ 2.392.387.957 durante el año 2013, no se materializaron dentro de la vigencia de las pólizas No.1000095 y 1000116, es claro que la mismas no ofrecen cobertura temporal para el caso de marras, toda vez que, solo hasta el 03 de abril de 2014 comenzó a regir la vigencia de la primera, en los términos ya expuestos.

Además de lo anterior, según el informe técnico No. 20191E0062169 aportado por la entidad fiscal, se tiene que el contratista entregó los insumos de espacio público la primera semana del año 2014, esto es, entre el 01 y el 10 de enero de 2014, en cuantía de \$618'743.536, cuando en realidad la cuantía de los mismos no sobrepasaba la suma de \$38.972.920, según lo referido en el informe técnico, quedando como evidencia una diferencia de \$579.770.616 entre los dos valores, resultado del aumento del valor de los costos por entrega de los ítems. Por lo que, teniendo en cuenta que la vigencia de la Póliza No.1000095 corresponde a los periodos del 03 de abril de 2014 al 03 de octubre de 2015, y la vigencia de la Póliza No. 1000116 corresponde a los periodos del 03 de octubre de 2015 al 01 de enero de 2017, este hecho generador tampoco se encuentra dentro de la vigencia de las referidas pólizas, mediante las cuales se vinculó a mi prohijada al presente proceso de responsabilidad fiscal.

Por lo expuesto, la ocurrencia de los hechos objeto del presente proceso se encuentran por fuera de la cobertura temporal de la vigencia de las Pólizas de Manejo No. 1000095 y 1000116, en cuanto las mismas fueron pactadas bajo la modalidad de cobertura denominada ocurrencia, tal y como se evidencia a continuación:

• **Póliza de Manejo No. 1000095**

Categoría: 1-**EXTRACONTRACTUAL POR OCURRENCIA**

• **Póliza de Manejo No. 1000116**

Categoría: 1-**EXTRACONTRACTUAL POR OCURRENCIA**

Por último, y sin perjuicio de lo inmediatamente explicado, se debe reiterar que los contratos de seguro por los que fue vinculada mi representada, se circunscriben a lo expresamente estipulado en sus condiciones, en donde se establecen su ámbito, extensión y alcance del respectivo amparo, así como sus límites, sumas aseguradas, deducibles, las exclusiones de amparo, su vigencia, y

por supuesto que exista responsabilidad civil comprobada, que en el presente caso tampoco ocurrió.

En tal sentido, ruego a la honorable Contraloría declarar que los hechos acaecidos se encuentran por fuera de la delimitación temporal de la cobertura de las pólizas por las que fue vinculada mi representada y, en razón de ello, no se genera a cargo de la compañía aseguradora ninguna obligación de indemnizar.

D. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZAS NO. 1000095 y 1000116.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar del presunto responsable fue doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que el mismo se enmarca perfectamente dentro de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

PÓLIZA NO. 1000095

“4. EL DOLO, LA CULPA GRAVE DE ACCIONISTAS, SOCIOS, REPRESENTANTES LEGALES O PERSONAL DIRECTIVO DEL ASEGURADO, EN QUIENES ESTE HAYA CONFIADO LA DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ENTIDAD, PARA EL DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL”.

PÓLIZA NO. 1000116.

“4. EL DOLO, LA CULPA GRAVE DE ACCIONISTAS, SOCIOS, REPRESENTANTES LEGALES O PERSONAL DIRECTIVO DEL ASEGURADO, EN QUIENES ESTE HAYA CONFIADO LA DIRECCIÓN Y CONTROL DE LA ENTIDAD, PARA EL DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL”.

Al respecto, se tiene que el señor Víctor Alfonso Rosero Bustamante fue vinculado en el presente proceso de responsabilidad fiscal por la presunta actuación dolosa o gravemente culposa con ocasión al Contrato de Obra No. 01 de 2012, en calidad de Gerente de Movilidad Futura S.A.S. Por lo que, teniendo en cuenta la exclusión 4º, en razón a la calidad del imputado y a la modalidad de los actos endilgados por el ente fiscal, se tiene que este es un riesgo que fue expresamente excluido en las pólizas de seguro por las cuales se vinculó a la compañía de seguros.

Por lo anterior, respetuosamente solicito se exima de todo tipo de responsabilidad a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** dentro del Proceso de Responsabilidad No

PRF2019-008589 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye fehacientemente los hechos originarios de la acción fiscal, particularmente, la calificación de la conducta en contra del presunto responsable fiscal, tal y como quedó demostrado.

E. EN EL REMOTO EVENTO DE QUE NO SE REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD, EL ENTE DE CONTROL DE NINGUNA FORMA PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que las pólizas que hoy nos ocupan, sí prestan cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado en cada una de ellas, y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, 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 en cada una de las pólizas, 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”.*

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

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus

significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

• **PÓLIZA DE MANEJO NO. 1000095**

AMPAROS CONTRATADOS MANEJO		
No.	Amparo	Valor Asegurado
1	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	100,000,000.00
11	EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS (CLAUSULA)	50,000,000.00
9	COBERTURA GLOBAL DE MANEJO OFICIAL	100,000,000.00

• **PÓLIZA DE MANEJO NO. 1000116**

AMPAROS CONTRATADOS MANEJO		
No.	Amparo	Valor Asegurado
1	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	100,000,000.00
9	COBERTURA GLOBAL DE MANEJO OFICIAL	100,000,000.00
11	EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS (CLAUSULA)	50,000,000.00

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, dichas pólizas contienen 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.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

III. PETICIONES

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

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

PRIMERA. Revocar el Fallo Con Responsabilidad Fiscal **010 del 16 de noviembre de 2023**, notificado el 20 de noviembre de 2023, y se declare que no hay alcance o responsabilidad fiscal para **VÍCTOR ALFONSO ROSERO BUSTAMANTE, OSCAR ALBERTO CAICEDO FERNÁNDEZ, GARCIA RIOS CONSTRUCTORES S.A., FABIAN GARCIA RIOS y EDUARDO GIRONZA LOZANO**, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de aquellos.

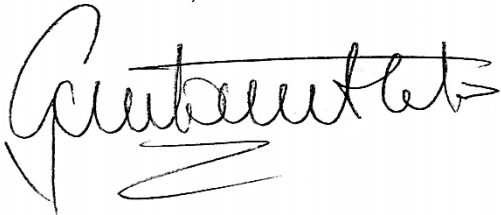
SEGUNDA. En caso tal de que el Despacho considere la existencia de la supuesta responsabilidad en contra de los presuntos responsables fiscales, solicito respetuosamente la **REVOCATORIA** del numeral **SEGUNDO** del **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 010 del 16 de noviembre de 2023**, notificado el 20 de noviembre de 2023, y, por consiguiente, se desvincule a mi representada como tercero civilmente responsable la compañía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** por todo lo expuesto anteriormente.

TERCERA. En el remoto evento que el despacho no revoque el **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 010 del 16 de noviembre de 2023**, respetuosamente solicito se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares de los contratos de seguros vinculados al proceso.

NOTIFICACIONES

La suscrita en la Avenida 6A Bis N° 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, y en la dirección de correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C.19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.