

Señores

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CÓRDOBA**

mary.daza@contraloria.gov.co

E. S. D

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF-8233-064-1333- AC-80233-2021-31484
ENTIDAD AFECTADA: MUNICIPIO DE PLANETA RICA CÓRDOBA
PRESUNTOS RESPONSABLES: GILBERTO RAMIRO MONTES VILLALBA- ELIAS
BARCHA VELILLA- FUNDACIÓN MANANTIAL DE
VIDA
TERCERO VINCULADO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

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 **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar de cooperativismo, sin ánimo de lucro, identificada con NIT 860.524.654-6, representada legalmente por José Iván Bonilla Pérez, sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, tal y conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal que se adjunta. Por medio del presente y de manera respetuosa procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del Fallo Mixto del 22 de diciembre de 2022, notificado el 22 de marzo de 2024, por medio del cual se declara como tercero civilmente responsable a la aseguradora que represento en razón de la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

El fallo mixto del 22 de diciembre de 2022, fue notificado el 22 de marzo de 2024, 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, el recurso de reposición debe interponerse en los cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, término que transcurre desde el día 26 de marzo hasta el 3 de abril de 2024. De esta forma, el presente recurso se interpone dentro de la oportunidad legalmente establecida.

II. FRENTE A LA DECLARATORIA DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

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

YMLM

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, 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.

El presente escrito se centrará en determinar las razones por las cuales necesariamente debe el despacho revocar el fallo proferido, en el cual se decidió declarar civilmente responsable a mi procurada puesto que no se tuvieron en cuenta varios preceptos como los presupuestos mínimos para declarar responsabilidad, la cobertura material de la póliza, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, el límite asegurado para cada siniestro y el coaseguro, entre otros.

Resulta procedente indicar que presuntamente se generó un detrimento al erario público del Municipio de Planeta Rica Córdoba, por una suma de CIENTO ONCE MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON SESENTA CENTAVOS M/CTE (\$11.514.533,60), por la presunta mala ejecución y administración de los recursos dentro del Contrato No. 015-2018 de prestación de servicios en modalidad de contratación de mínima cuantía cuyo objeto era: *“Prestación de servicios profesionales para apoyar a la secretaria de salud en las acciones dirigidas a realizar la vigilancia en salud pública en el municipio de planeta rica”*.

No obstante, se señalará que no se demostraron y probaron los presupuestos mínimos para declarar la responsabilidad fiscal, puesto que las actividades en virtud del contrato de prestación de servicios, dando así cumplimiento al objeto contractual, y no se desvirtuó la presunción de la buena fe de los sindicatos, así mismo no se tuvo en cuenta cada uno de los presupuestos de la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319.

CAPITULO I

A. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO SECTOR OFICIAL No. 540-64-994000000319

La Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319 mediante la cual se pretende la vinculación de mi prohijada, no ofrece cobertura material para los actos de uno de los presuntos responsables FUNDACIÓN MANANTIAL DE VIDA contratista, pues sus actos no se encuentran amparados dentro de la póliza, esto teniendo en cuenta que la póliza únicamente ampara los actos de los empleados o servidores públicos del Municipio de Planeta Rica Córdoba, cuyos cargos se encuentren relacionados en ella, entre los cuales no están los de los sujetos ya mencionados; y por ende únicamente los actos del presunto responsable vinculado a este proceso que se encuentran amparados, son los del señor Gilberto Ramiro Montes Villalba como Alcalde del Municipio. Ahora, es menester aclarar que de este último no se logró acreditar conducta dolosa o gravemente culposa.

Precisado lo anterior, es fundamental que el honorable despacho tome en consideración que, en

YMLM

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

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Sala Civil de 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).¹

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. Recuérdese que la póliza vinculada tiene por objeto:“(...) AMPARAR A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA CONTRA LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES SUFRIDAS EN VIGENCIA DE LA PÓLIZA, QUE IMPLIQUEN MENOSCABO DE FONDOS Y BIENES PÚBLICOS CAUSADOS POR SUS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE LOS CARGOS AMPARADOS (...)”

En ese orden de ideas, las mismas condiciones generales del contrato de seguro en cuestión, se refieren a quienes son empleados, así: “(...) EMPLEADO: Significa persona natural que presta sus servicios a la ENTIDAD ASEGURADA, vinculada a ésta mediante contrato de trabajo o mediante nombramiento por Decreto o Resolución (...)”

A partir de un análisis simple de las cláusulas previamente señaladas, a todas luces es claro que si el honorable Despacho encontrare probada la existencia de un daño patrimonial causado a la

¹ 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

administración pública como consecuencia de las actuaciones de personas que no sean empleados (persona natural) del Municipio de Planeta Rica, tales como el de la empresa FUNDACIÓN MANANTIAL DE VIDA persona jurídica, no puede ordenar hacer efectivo el contratos de seguro respecto de estos, toda vez que el condicionado de los mismos explica que las únicas personas amparadas son las que tengan calidad de empleados (persona natural) vinculada mediante contrato de trabajo, decreto o resolución.

Siendo así las cosas, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable despacho confirme el fallo y encuentre acreditada la existencia de responsabilidad fiscal en cabeza de la empresa FUNDACIÓN MANANTIAL DE VIDA, persona jurídica, no puede pasar por alto que, en el condicionado del contrato de seguro, se acordó expresa y detalladamente que la póliza en cuestión únicamente presta cobertura para los empleados (persona natural) vinculada mediante contrato de trabajo, decreto o resolución del Municipio de Planeta Rica Córdoba, excluyendo de este modo a la empresa antes citada o cualquier clase de particular.

En conclusión y recapitulando lo señalado al inicio del presente reparo, es fundamental poner de presente ante el despacho que la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319, por la cual se pretende la vinculación de mi representada no ofrece cobertura material para los actos de la empresa FUNDACIÓN MANANTIAL DE VIDA persona jurídica pues estos no se encuentran amparados dentro de la póliza, esto teniendo en cuenta que la póliza en mención únicamente ampara los actos de los empleados (persona natural) vinculada mediante contrato de trabajo, decreto o resolución, del Municipio de Planeta Rica Córdoba. Así pues, la única conducta amparada es al del señor Gilberto Ramiro Montes Villalba como alcalde del Municipio, la cual no se ha acreditado.

Por lo anterior, resulta jurídicamente inadmisibles, como lo indica la contraloría en su parte resolutive, hacer efectivo el contrato de seguro documentado en la Póliza No. 540-64-994000000319, por el valor de todo el detrimento patrimonial, pues como ya se explicó, en el condicionado de la misma únicamente se ampara los actos de los empleados del Municipio de Planeta Rica.

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

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el ente de control endilgar a los presuntos responsables. Lo anterior, toda vez que la contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación del presunto detrimento patrimonial. Por el contrario, se encuentra probada la clara gestión de los investigados, la cual ha estado encaminado a darle cumplimiento a los compromisos adquiridos. En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este reparo, toda vez que la Aseguradora Solidaria de Colombia, no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en los contratos de seguro. Como no se ha realizado el riesgo en los términos del artículo 1072 del C.Co., debe absolverse de toda responsabilidad a la compañía aseguradora.

YMLM

En términos generales, para que en un contrato de seguro la parte aseguradora desembolse una indemnización, es necesario que se cumpla la condición eventual de la cual depende esta obligación. Esta condición no es otra cosa que el acaecimiento del riesgo asegurable o el siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio, según el cual *“se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”*²

A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio señala lo siguiente: *“(…) ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad (…).”*

Como puede evidenciarse, no basta con que se interponga una reclamación o demanda en contra del asegurado para que la aseguradora se vea obligada al reconocimiento de una indemnización a favor de ésta. Además, es necesario que el primera haya incurrido en responsabilidad debidamente acreditada y en los términos o por las causas estipuladas en la póliza contratada.

Siendo por esto último que, a fin de cuentas, se requiere que los empleados del Municipio de Planeta Rica relacionados en la póliza hayan cometido un acto erróneo. Este conjunto de condiciones es lo que se define como siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado de acuerdo con lo normado en el artículo 1072 del Código de Comercio.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que implique *“indemnizará a la entidad asegurada, con sujeción a los términos, cláusulas y condiciones contenidos en esta póliza, las pérdidas causadas por los funcionarios de la entidad asegurada o por las personas que bajo su responsabilidad lo reemplacen, previa aceptación de la compañía, por incurrir en conductas que sean tipificadas como delitos contra la administración pública o en alcances que por incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, causen menoscabo de los fondos o bienes de la entidad asegurada, siempre y cuando el hecho sea cometido dentro de la vigencia de la presente póliza.”*

Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319, entrará a responder, si y solo sí, se causa una pérdida patrimonial al asegurado Municipio de Planeta Rica Córdoba, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el Fallo mixto del 22 de diciembre de 2022, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal. Esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables y por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, lo que por sustracción de materia significa, que no se ha realizado el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal,

² Sobre esta afirmación, el artículo 1054 del Código de Comercio establece: “Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1. El interés asegurable; 2. El riesgo asegurable; 3. La prima o precio del seguro, y 4. La obligación condicional del asegurador”.

claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319 que sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a la compañía. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los investigados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la póliza 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 SEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. PRF-8233-064-1333.

C. 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 PARA CADA SINIESTRO

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

Es preciso indicar que en el contrato de seguro se estableció que, por cada siniestro, originado por un riesgo amparado, ocurrido dentro de la vigencia de la póliza se podrá afectar la misma solo por un valor máximo de DIEZ MILLONES DE PESOS \$10.000.000, independientemente del valor máximo total asegurado. Y para conductas cometidas por empleados no identificados será de \$2.500.000 por evento/ vigencia. Lo anterior como se evidencia en el siguiente apartado de la póliza:

La máxima responsabilidad de la aseguradora en caso de siniestro originado por un riesgo amparado y cometido durante la vigencia de la presente póliza, se limita a la suma de \$10.000.000, por evento, independiente del valor asegurado de la póliza para la vigencia. La cobertura de Empleados no identificados se sublimita a \$2.500.000 evento / Vigencia.

AMPAROS	SUMA ASEGURADA	SUBLIMITE
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	100,000,000.00	
FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL		100,000,000.00
RENDICION DE CUENTAS		100,000,000.00
RECONSTRUCCION DE CUENTAS		100,000,000.00

DEDUCIBLES: 15.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 1.00 SMLV en DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA/FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL/RENDICION DE CUENTAS/RECONSTRUCCION DE CUENTAS

BENEFICIARIOS
NIT 800096765 - MUNICIPIO DE PLANETA RICA

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. No obstante, se reitera que, por cada siniestro originado por un riesgo amparado, ocurrido dentro de la vigencia de la póliza se podrá afectar la misma solo por un valor máximo de DIEZ MILLONES DE PESOS \$10.000.000, independientemente del valor máximo total asegurado. Y para conductas cometidas por empleados no identificados será de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS \$2.500.000 por evento/ vigencia.

Sin que lo siguiente implique algún tipo de reconocimiento de responsabilidad por parte de mi

YMLM

representada, es preciso indicar que si es declarada como tercero civilmente responsable dentro del presente proceso el límite máximo que podrá afectarse es de DIEZ MILLONES DE PESOS \$10.000.000, y por conductas de un empleado no identificado de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS \$2.500.000.

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 Sala Civil de 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.³ *(Subrayado y negrilla propios del suscrito).*

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 a la porción de riesgo asumido, y en observancia de las condiciones estipuladas para cada siniestro.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al despacho tomar en consideración que la póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

D. EN EL REMOTO EVENTO DE QUE NO SE REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD, EL ENTE DE CONTROL DEBERÁ TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE MANEJO SECTOR OFICIAL No. 540-64-994000000319

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, y en este caso para la póliza, se pactó en el 15% del valor de la pérdida, mínimo 1.00 SMMLV para cada amparo, como se evidencia en el siguiente aparte así:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

YMLM

AMPAROS	SUMA ASEGURADA	SUBLIMITE
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	100,000,000.00	100,000,000.00
FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL		100,000,000.00
RENDICION DE CUENTAS		100,000,000.00
RECONSTRUCCION DE CUENTAS		100,000,000.00

DEDUCIBLES: 15.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo: 1.00 SMMLV en DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA/FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL/RENDICION DE CUENTAS/RECONSTRUCCION DE CUENTAS

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable de pagar la indemnización a la parte actora en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible expuesta anteriormente.

Por otra parte, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

(...) Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil. En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores (...).

Ruego al Despacho que tenga en cuenta que la cuantía del valor de la supuesta pérdida, el deducible a tomar sería el del 15% sobre el valor máximo asegurado, teniendo en cuenta que dicha cifra supera el tope.

E. CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGURO

Es importante mencionar el principio que rige el contrato de seguro de daños, es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo.

YMLM

De modo que la indemnización que por la ocurrencia de dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización. Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

(..) Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato(..)

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:“(...) *Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso(...)*” (Subraya y negrita adrede).

Es importante señalar que, dentro del fallo, la contraloría no realizó el análisis correspondiente de la póliza, solo se limitó a enunciar la vigencia de la misma y sus amparos, sin tener en cuenta la cobertura material, el valor límite asegurado para cada siniestro y el coaseguro que debe ser asumido por el asegurado.

Ahora bien, dentro del proceso fiscal y el fallo que resuelve tal investigación, en la cual se vincula a una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. El cual regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

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

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

• **El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.**

(...)

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal. (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la Contraloría Colegiada de Córdoba cometió un defecto factico y jurídico, puesto que en el fallo no se observa, que se haya señalado cuales son los amparos que se pretenden afectar, su proporción, cuantía y valor del coaseguro que deberá asumir el asegurado, es evidente que la Aseguradora Solidaria no es gestor fiscal, puesto que su calidad es como tercero vinculado y carece de algún tipo de responsabilidad solidaria. En consecuencia, se deberá tener en cuenta cada uno de los presupuestos señalados en la circular, sin que lo anterior constituya algún tipo de confesión.

Así las cosas, no debe perderse de vista que, como se señaló en el acápite pertinente, la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-99400000319, no podrán ser afectada puesto que carece de cobertura material y no se realizó el riesgo asegurado. Así pues, como el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento sin justa causa debido al carácter meramente indemnizatorio, y teniendo en cuenta que se demostró la inexistencia de algún tipo de detrimento del erario público, resulta improcedente afectar la póliza en cuestión.

I. INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA FRENTE A LOS DEMÁS RESPONSABLES FISCALES

Es preciso indicar que la Contraloría Colegiada de Córdoba, cometió un error factico y jurídico al interpretar la solidaridad, como quiera que la misma surge exclusivamente cuando la ley o la convención la establecen. En el caso que nos ocupa, la fuente de las obligaciones de mi procurada está contenida en el contrato de seguro y en él no está convenida la solidaridad entre las partes del contrato.

Es importante recabar sobre el particular por cuanto a que la obligación de mí representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, tiene su génesis en un contrato de seguro celebrado dentro de unos parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada y no de la existencia de responsabilidad civil extracontractual propia de la aseguradora, sino de la que se pudiere atribuir al asegurado conforme lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil, por tanto se encuentra frente a dos responsabilidades diferentes a saber: 1. La del asegurado por la responsabilidad civil extracontractual que se le llegará a atribuir, cuya fuente de obligación indemnizatoria emana de la ley propia y 2. La de mí representada aseguradora cuyas obligaciones no emanan de la ley propiamente dicha, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado dentro de los parámetros dados por los artículos 1036 del Código de Comercio y S.S., encontrándose las obligaciones de mí representada debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro celebrado, constituyéndose entonces las obligaciones del asegurado y de la aseguradora en obligaciones independientes y que no son solidarias.

En virtud de tal independencia en las obligaciones, el artículo 1044 del Código de Comercio faculta a la aseguradora proponer al tercero beneficiario las excepciones y exclusiones que pudiere interponerle al asegurado o tomador del contrato de seguro, motivo por el cual puede alegar mí representada la ausencia de cobertura ante la falta de prueba de la ocurrencia y cuantía del siniestro y las exclusiones y demás condiciones que resultaren atribuibles al presente evento.

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir

YMLM

a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales como el coaseguro establecido y el límite del valor asegurado que puede ser afectado para cada siniestro ocurrido dentro de la vigencia de la póliza.

De tal forma que no puede predicarse ningún tipo de responsabilidad solidaria de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con la COMPAÑÍA SEGUROS DEL ESTADO, como erradamente lo manifiesta la contraloría en el fallo del 22 de diciembre de 2022.

CAPITULO II

A. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS 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.

Es pertinente precisar a este despacho que, de conformidad con el análisis realizado al fallo mixto del 22 de diciembre de 2022, se evidencia, que la Contraloría Colegiada de Córdoba, omitió establecer cual fue el daño patrimonial ocasionado al erario público del Municipio de Planeta Rica, con ocasión al actuar de los presuntos responsables en virtud del Contrato de Prestación de Servicios 015-2018, puesto que se evidencia, no se relacionan cuáles exactamente fueron las actividades que no se realizaron y la prueba de que la mismas no se llevaron a cabo.

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

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial. En consecuencia, señaló la Corte, "... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos 'frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública'", al paso que "... el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que 'el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o

una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado⁴. (*Subrayado y negrilla fuera del texto original*)

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

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que en el caso objeto de estudio no se configura una responsabilidad patrimonial de los vinculados, por cuanto los recursos de la entidad se destinaron al cumplimiento del objeto del contrato estudiado, como se puede dilucidar en el acta de liquidación del contrato del 6 de octubre de 2018 que se encuentra en SECOP. En ese sentido, los dineros que alega la contraloría se tienen como detrimento del erario no se perdieron ni fueron destinados de forma indebida por los implicados, por el contrario, fueron utilizados a cumplir con el objeto contratado.

Para el caso en concreto, solo se tuvieron en cuenta unas falencias en algunas actividades del contrato que carecen de especificación y de un análisis concreto sobre el daño, toda vez que estas solo se limitan a suposiciones, es decir no hay nada que indique que los sujetos declarados como responsables hayan actuado con dolo o culpa grave, toda vez que los recursos sí fueron invertidos en el contrato y no se relaciona que haya prueba que demuestre lo contrario.

B. EL PRESENTE ASUNTO NO SE REUNEN LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

Es menester acotar que, de conformidad con los elementos de prueba allegados al interior del expediente, se evidencia que hubo gestión diligente en el Contrato de Prestación de Servicios 015-2018. En efecto, no se observa ni mucho menos demuestra, que lo endilgado por la Contraloría con respecto al presunto detrimento patrimonial, sea como consecuencia de dolo o de culpa grave en cabeza de los presuntos responsables fiscales.

Es de suma importancia ponerle de presente al despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la culpa grave. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o gravemente culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en Sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

(...) 6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta

⁴ Sentencia C-340 de 2007

ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso 2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

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

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

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

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

referencia expresa los artículos 4° párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

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

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

Dicho lo anterior y antes de continuar con el análisis de la normativa, es necesario mencionar que con el material probatorio contenido en el auto que nos ocupa, se puede afirmar que la Contraloría no tiene ninguna prueba útil, conducente ni pertinente para sostener que hubo un detrimento en el patrimonio de la entidad. Es así, como se observa que, las actividades ejecutadas por el contratista en efecto sirvieron para el cumplimiento del objeto contractual.

En ese sentido, de ellos no se pueden analizar las conductas que presuntamente desembocaron en el detrimento patrimonial, mucho menos se puede afirmar la existencia culpa y mucho menos de dolo en cabeza de los investigados. Precisamente, porque lo que denota su actuación es un actuar diligente y ajustado sobre sus deberes.

En este orden de ideas, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave de la siguiente forma:“(…)ARTICULO 63. . La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

(…) Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta ‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’ (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos

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

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01.

comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas más descuidadas. Ahora, en lo que respecta al dolo, nuevamente se debe abordar el ya analizado artículo 63 del C.C. el cual explica:“(...) **ARTICULO 63. . La ley distingue tres especies de culpa o descuido. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Frente al particular, la Corte Suprema de justicia definió el concepto de dolo tal y como se evidencia a continuación:“(...) *las voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)*”⁷ (subrayado y negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a los sujetos previamente identificados, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público. Hay que recordar que la carga de la prueba la tiene la contraloría, son ellos quienes deben aportar testimonios o al menos documentos que prueben que estos sujetos actuaron con dolo o culpa.

Es válido recordar que todos los sujetos gozan del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, en la cual se establece que las actuaciones de particulares y autoridades públicas se presumen de buena fe, por ende, dicha presunción debió ser controvertida por la Contraloría, sin embargo, no se hizo.

Ahora bien, se evidencia que la contraloría no señala cual es la conducta atribuible al señor GILBERTO RAMIRO MONTES VILLALBA, en calidad de alcalde, puesto que como la misma lo refiere en el fallo, este solo se encargó de suscribir el contrato y liquidarlo, además mientras se ejecutó el contrato nunca se le puso en conocimiento al alcalde del presunto incumplimiento parcial de las 6 actividades que se relacionan en el Fallo, por lo tanto, no le era exigible tener dicho conocimiento y por ende atribuirle una conducta omisiva.

Así mismo tampoco se tiene claridad respecto a que funcionario del Municipio de Planeta Rica tenía dentro de sus funciones la obligación de supervisar el Contrato de Prestación de Servicios No. 015-2018. Por lo anterior es claro que no se acreditó la malversación de fondos u omisiones en lo que atañe a la supervisión del contrato.

De este modo, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones. De suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con la revocatoria del fallo. A su vez y solo de forma reiterativa, no existen pruebas idóneas dentro del plenario que pudieran acreditar la culpa grave o el dolo. Sustento de lo anterior, se reitera que los dineros que alega la contraloría se tienen como detrimento del erario no se perdieron ni fueron destinados de forma indebida por los implicados,

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

por el contrario, fueron utilizados a cumplir con el objeto contratado

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

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave. Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título. Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

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

Ahora bien, es claro que la contraloría no señala cual es la conducta atribuible al señor GILBERTO RAMIRO MONTES VILLALBA, en calidad de alcalde, puesto que como la misma lo refiere en el fallo, este solo se encargó de suscribir el contrato y liquidarlo, pero no se demostró que dentro de sus funciones estuviera la supervisión del Contrato de Prestación de Servicios No. 015-2018. Por lo anterior, es claro que no se acreditó la malversación de fondos u omisiones en lo que atañe a la supervisión del contrato. Sin embargo, si por alguna razón el 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

YMLM

catalogado como gravemente culposo o doloso.

Concluyendo, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento. De suerte que no concurren los elementos para que se estructure la responsabilidad fiscal perseguida, por lo cual resulta jurídicamente improcedente continuar con este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

C. FALTA DE MOTIVACIÓN POR PARTE DE LA CONTRALORÍA EN EL FALLO MIXTO DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2022, PUESTO QUE NO TASO EL Y PROBÓ EL INCUMPLIMIENTO DE LAS 6 DE 11 ACTIVIDADES DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 015-2018

Es pertinente precisar a este Despacho que, de conformidad con el análisis realizado, se evidencia que la Contraloría no motivó los presuntos incumplimientos que fueron cometidos en virtud del contrato de prestación de servicios No.015-2018, es claro que se basa en unos supuestos de hecho que no logran ser probados por la misma.

En primer lugar, la Contraloría no señala de que forma determinó que solo 2 de 18 barrios fueron sujetos de recolección de "inservibles". Si bien el ente fiscal se apoyó de un oficio de las empresas públicas de ese municipio, es importante aclarar que a dicha empresa solo se le solicitó el acompañamiento, el cual no era obligatorio. En consecuencia, es claro que no tiene certeza si la actividad se cumplió o no.

En segundo lugar, frente a la actividad de educación ambiental la Contraloría, nuevamente no tiene en cuenta las actividades de alistamiento y pre-alistamiento realizadas por el contratista para transmitir la información a la comunidad. Ahora bien, el cumplimiento de esta actividad no puede estar determinado por la firma de asistencia de los habitantes, puesto que no era una actividad de carácter obligatorio.

Así mismo en tercer lugar, la Contraloría tampoco es clara frente al supuesto incumplimiento de la actividad de vigilancia epidemiológica, como quiera que no hay una constancia de ejecución de la misma, no obstante, quien debe aportar dicha prueba que determine que efectivamente no se realizó es el ente fiscal.

Por último, señaló que las acciones de vigilancia en "Salud Pública", no se evidencian, omitiendo nuevamente que la carga probatoria está en cabeza de la Contraloría, es decir que son ellos quien deben investigar, es preciso reiterar que la carga de probar la falta de gestión fiscal y el presunto detrimento no está en cabeza del investigado, sino de la Contraloría.

CAPITULO III

I. PETICIONES

PRIMERA. Revocar el Fallo Con Responsabilidad Fiscal Mixto del 22 de diciembre de 2022, notificado el 22 de marzo de 2024, y se declare que no hay alcance o responsabilidad fiscal para **GILBERTO RAMIRO MONTES VILLALBA** y la **FUNDACIÓN MANANTIAL DE VIDA** 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

YMLM

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 **TERCERO**, del Fallo Con Responsabilidad Fiscal Mixto del 22 de diciembre de 2022, notificado el 22 de marzo de 2024, y, por consiguiente, se desvincule a mi representada como tercero civilmente responsable por todo lo expuesto anteriormente.

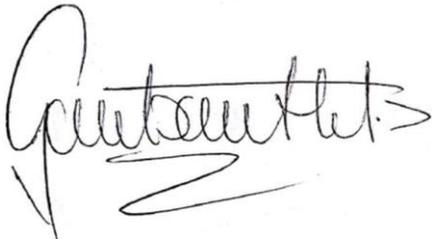
TERCERA. En el remoto evento que el despacho no revoque el Fallo con Responsabilidad Fiscal Mixto del 22 de diciembre de 2022, respetuosamente solicito se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro vinculado al proceso, el límite del valor asegurado en cuantía que obedezca a la propia póliza, atendiendo la disponibilidad del valor asegurado y el límite máximo que puede ser afectado por siniestro.

CUARTA. En el remoto evento que el despacho no revoque el Fallo con Responsabilidad Fiscal Mixto del 22 de diciembre de 2022, respetuosamente solicito se aclare la parte resolutoria del fallo, y se indique de forma clara el amparo a afectar dentro de la Póliza de Manejo Sector Oficial No. 540-64-994000000319, así como el valor que le corresponde asumir a la compañía aseguradora debido al citado contrato de seguro. De igual forma que se establezca el valor del coaseguro que deberá ser asumido por el asegurado.

II. NOTIFICACIONES

El suscrito y mi representada podrán ser notificados en la Avenida 6ta A # 35 N 100-oficina 212 de la ciudad de Cali, y al correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.

YMLM