

Señores

**SUBDIRECCIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
CONTRALORÍA DE BOGOTÁ, D.C.**

Atn. Dra, JOHANNA BURITICÁ RODRÍGUEZ

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO: PRF No. 170100-0204-18
ENTIDAD AFECTADA: CAJA DE VIVIENDA POPULAR - CVP
PRESUNTOS RESPONSABLES: JORGE ANDRÉS RÍOS VEGA
TERCERO VINCULADO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO
APELACIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON
RESPONSABILIDAD FISCAL No. 021 DEL 28 DE ABRIL DE
2023

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 021 DEL 28 DE ABRIL DE 2023**, por medio del cual se llamó a responder a mi procurada, en calidad de tercero civilmente responsable y en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que el acto administrativo por el cual se falló con responsabilidad fiscal se notificó a mi representada mediante AVISO del 18 de mayo de 2023 y, conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, frente a éste proceden los recursos de reposición y apelación que deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, el presente escrito se presenta dentro de la oportunidad

correspondiente, pues el término antes descrito empezó a correr a partir del día 19 de mayo de 2023 y fenece el día 26 de mayo de 2023.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO. PRF-170100-0204-18

Antes de exponer las razones por las cuales necesariamente el Despacho debe revocar el fallo proferido en el cual se decidió declarar civilmente responsable a mi procurada, es necesario recordar que el proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene como antecedente el Hallazgo Fiscal No. 130000-039-17, en el cual se determinaron presuntas irregularidades por la inversión de recursos en bienes cuyo propietario correspondía a privados, en concreto, las adecuaciones realizadas en los salones comunales Naciones Unidas, El Tesorito, La Carbonera, La Reconquista, Palermo Sur y Rafael Uribe Oriental. Así las cosas, en dicho hallazgo fiscal se vislumbró una posible conducta dolosa o gravemente culposa al no haber constatado que la propiedad de dichos inmuebles le correspondía al Distrito de Bogotá, a través de las bases de datos del SAI y el DADEP.

Por lo anterior, el ente fiscal expidió el respectivo auto de apertura el día 31 de julio de 2018, avocando conocimiento de las diligencias fiscales y vinculado como presunto responsable fiscal al señor JORGE ANDRÉS RÍOS VEGA, en su calidad de Director General de la CAJA DE VIVIENDA POPULAR. En este mismo acto, fijó como presunto daño patrimonial la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$467.532.253,26).

Con posterioridad, mediante auto de vinculación de tercero civilmente responsable del 16 de julio de 2021, la Contraloría de Bogotá, D.C. vinculó a mi procurada en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, con vigencia desde el 14 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015 y una suma asegurada de \$1.500.000.000,

Acto seguido, por Auto No. 81 del 29 de septiembre de 2021, se atribuyó una conducta gravemente culposa al señor JOSE ANDRÉS RÍOS VEGA, en su calidad de Director General de la CAJA DE VIVIENDA POPULAR – CVP, imputándole responsabilidad fiscal en cuantía de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$467.532.253,26). En este mismo acto administrativo, se mantuvo como tercero civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA con fundamento en el contrato de seguro antes mencionada.

Dentro de la oportunidad respectiva, mi representada presentó sus argumentos de defensa frente al auto de imputación, alegando que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad fiscal frente al señor JORGE ANDRÉS RÍOS VEGA y, que en todo caso, la póliza carece de cobertura temporal por la modalidad de cobertura pactada, pues en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro quedó documentado que el sistema bajo el cual operaba la póliza es por la notificación a los asegurados durante su vigencia, esto es, del auto de apertura de la investigación preliminar, no obstante, este fue notificado al presunto responsable fiscal el día 3 de septiembre de 2018, es decir, una vez fenecida la vigencia del contrato de seguro. Aunado a lo anterior, se arguyó que el objeto de la investigación es un riesgo expresamente excluido en la póliza y que las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas, además de otros argumentos atinentes a las condiciones pactadas en la póliza.

Una vez surtidas todas las etapas del proceso, se profirió Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 21 del 28 de abril de 2023, declarando responsable fiscal, a título de culpa grave, al señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, en su calidad de Director General de la CAJA DE VIVIENDA POPULAR – CVP. En el mismo sentido, se llamó a responder a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. con ocasión a la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, aun cuando es evidente su falta de cobertura temporal. Respecto a lo anterior, el ente fiscal se limitó a indicar que a luces del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 no se encontraba prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro, sin embargo, no hizo mención alguna respecto al argumento de la falta de cobertura temporal de la póliza.

Además, esgrimió erradamente que la Circular No. 005 de 2020 no es aplicable a los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría de Bogotá, D.C., aun cuando dicho acto administrativo constituye una mera guía sobre el estudio de las pólizas mediante las cuales se vincula a las compañías de seguro como terceros civilmente responsables, por lo que, siendo o no aplicable, es evidente que el ente de control fiscal tiene el deber de estudiar a cabalidad las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, a efectos de verificar su cobertura en el caso concreto, aspecto que obvió.

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

III. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE ATRIBUYÓ AL PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL

3.1. LA CONTRALORÍA NO TOMÓ EN CONSIDERACIÓN QUE EN ESTE CASO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO NO OBRA PRUEBA DEL DAÑO PATRIMONIAL

Sobre el particular, el ente de control fiscal aduce la existencia de daño patrimonial a partir de la consideración de que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR invirtió recursos públicos, concretamente, realizó reparaciones locativas, en predios pertenecientes a particulares, los cuales en la respectiva base catastral figuran como “DOTACIÓN PRIVADOS”. Así pues, partiendo de dicha premisa, se arguyó que conforme al artículo 355 superior y el Concepto 112 de 2008 no es viable invertir recursos públicos, ni realizar donaciones o decretar auxilios a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, por lo que al haber realizado inversión sobre los salones comunales El Tesorito y San Rafael Sur Oriental, cuyos propietarios son particulares, se transgredió el erario público. No obstante, en el plenario existe prueba de que, para la época de los hechos, dichos bienes inmuebles aparecían en bases de datos como bienes de uso público, lo que hace evidente la ausencia de daño patrimonial.

Al respecto, sea lo primero advertir que, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos.

En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

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

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

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

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

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

En este sentido, también vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del mencionado fallo es el siguiente:

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).¹

¹ Ibídem.

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

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culpable 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 culpable de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.*² (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.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado, no podemos concluir de manera concreta y sin lugar a duda razonable que en el presente asunto se ocasionó la merma del erario público por el monto y bajo los argumentos que manifiesta el ente de control. De hecho, dentro del plenario obra un informe expedido por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, en donde consta que la totalidad de los salones comunales objeto del Contrato 574 de 2015 eran bienes de uso público para la época de los hechos.

Con relación a esto, vemos que en el fallo con responsabilidad fiscal, el ente de control le otorga pleno valor probatorio a los certificados emitidos por la Unidad Administrativa de Catastro Distrital – UAECDD, a pesar de que las certificaciones del DADEP y el informe brindado por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR dieron cuenta de que los salones comunales El Tesorito y San Rafael Sur Oriental eran bienes de uso público, y así se determinó en el estudio de viabilidad antes de iniciar con el respectivo proceso licitatorio.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Providencia del 15 de noviembre de 2007. Radicado 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852). C.P. Gustavo Aponte Santos.

Sobre este aspecto, conviene recordar nuevamente que en el informe del equipo de auditor, el cual sirvió como insumo para abrir el presente proceso de responsabilidad fiscal, se reconoció que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR informó que los bienes objeto del Contrato No. 574 de 2015 eran bienes de uso público, en los siguientes términos:

*“Por otra parte, el equipo auditor procedió a solicitar a la CVP a través de oficio 130200- 041 del 1 de noviembre de 2012, que informara bajo qué título ostentaban las juntas de acciones comunal los salones objeto del contrato 574 de 2015. El día 3 de noviembre la entidad informa que a través de oficios 2015ER13671 y 2015EE12093, del 22 de julio de 2015 y del 1 de octubre de 2015, respectivamente, **comunica que los mencionados salones son bienes de uso público y por tanto hacen parte del patrimonio del Distrito Capital**”.*

En el mismo informe, se indicó:

“Hecha la anterior delimitación normativa, debe indicarse con total certeza que los salones comunales intervenidos por la Caja de la Vivienda Popular en el marco del Contrato No. 574 de 2015, además de estar ubicados en zonas de espacio público, no han sido entregados a ninguna Junta de Acción Comunal para su “administración, mantenimiento y aprovechamiento económico”, merced a la no suscripción por parte del DADEP de algún tipo de contrato o convenio solidario con las Juntas de Acción Comunal de los barrios donde se ubican los salones intervenidos, según verificación efectuada por la Caja de la Vivienda Popular y que puede ser corroborada por el órgano de control.

*De esta manera, en virtud a la inexistencia de los aludidos convenios, **la necesidad descrita por la Caja de la Vivienda Popular en el documento de estudios previos cobró plena validez, toda vez que la misma se encontraba facultada para realizar las intervenciones pretendidas con fundamento en las metas del plan de gobierno anterior, y con base en las áreas prioritarias de intervención -API- de la Secretaría Distrital del Hábitat**”.*

Con fundamento en lo anterior, es claro que antes de abrir el proceso licitatorio que resultó en el Contrato No. 574 de 2015, la CAJA DE VIVIENDA POPULAR contaba con los respectivos documentos de viabilidad, entre ellos, las certificaciones del DADEP, en donde se refiere que los bienes objeto del contrato son de uso público y hacen parte del patrimonio del Distrito. Así las cosas, no se entienden las razones por las que el ente de control fiscal desconoció estas pruebas y les otorgó plena credibilidad a las certificaciones catastrales, aun cuando es bien sabido que estas últimas no están plenamente actualizadas. De hecho, la información contenida en las mismas no se contrastó con otras bases de datos que dieran cuenta de la titularidad de los bienes inmuebles antes referidos, lo que hace evidente la falta de prueba de daño patrimonial y la consecuente ausencia de responsabilidad fiscal.

Así pues, no puede olvidarse que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP es la entidad encargada de “(...) *la administración de los bienes inmuebles, y la conformación del inventario general del patrimonio inmobiliario Distrital*”, a luces de lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 018 de 1999. En el mismo sentido, tiene como función_ “*Diseñar, organizar, operar, controlar, mantener, reglamentar y actualizar el Inventario General del Patrimonio Inmueble Distrital (...)*” y “*Organizar, operar, controlar, mantener, reglamentar y actualizar con base en dicho inventario el Registro Único del Patrimonio Inmobiliario Distrital. **Para todos los efectos legales y fiscales el registro de cada bien será certificado por la Defensoría del Espacio Público y el avalúo respectivo se registrará en los estados financieros del Distrito Capital***”.

Por lo anterior, es claro que la información otorgada por el DADEP es veraz e, incluso, para efectos legales se debe contar con el certificado de dicho departamento administrativo, por lo que mal hubiese hecho la CAJA DE VIVIENDA POPULAR si se basaba en una certificación distinta a la de dicha entidad pública.

Entonces, tenemos que en el caso concreto se contaba con la certificación del DADEP respecto a las características de las edificaciones objeto del Contrato No. 574 de 2015, entre ellas, su titularidad y propiedad, en donde constaba que eran de uso público y pertenecían al patrimonio inmobiliario del Distrito. Por otro lado, a la fecha de las obras, dichas edificaciones no habían sido aún entregadas a la comunidad a través de los acuerdos o convenios que para tal efecto debe suscribir el DADEP como administradora delegada para ello, lo que es una muestra clara de que se trata de bienes al servicio de la comunidad.

Ahora bien, el daño patrimonial parte de meras especulaciones con relación a las mejoras o reparaciones locativas realizadas por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR sobre los salones comunales El Tesorito y San Rafael Sur Oriental, pues se arguye que no era viable invertir recursos públicos sobre bienes privados, sin embargo, no existe norma en donde se reconozca *per se* la propiedad de las mejoras realizadas por un tercero o, incluso, el arrendatario, en cabeza del titular del inmueble. Es más, el ente de control fiscal tampoco acreditó que el presunto propietario de los salones comunales haya pretendido que se reconozca su propiedad sobre las reparaciones o mejoras locativas.

Al respecto, y considerando que el ente de control fiscal realiza un símil con el arrendamiento de bienes, es necesario recordar que el artículo 1993 del Código Civil establece que el arrendador está obligado a reembolsar al arrendatario el costo de las reparaciones indispensables no locativas. Por su parte, el artículo 1994 le permite al arrendatario separar y llevarse los materiales que constituyan mejoras útiles.

En virtud de lo anterior, en el hipotético y eventual caso en el que los presuntos propietarios de los inmuebles pretendan que se reconozca su propiedad sobre las mejoras realizadas por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, es claro que dicha pretensión estaría llamada a no prosperar, comoquiera que en el arrendamiento de cosas, las mejoras deben reembolsarse al arrendatario. Aun más, partiendo de la figura jurídica del enriquecimiento sin justa causa, es evidente que el presunto propietario de los inmuebles no podría apropiarse injustificadamente de las mejoras realizadas por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, por lo que antes de fallar con responsabilidad fiscal, el ente de control debió haber verificado la situación actual respecto a dichas mejoras y si se ha pretendido su reconocimiento por parte de los presuntos propietarios. Al conocer dicha situación, se tendría certeza sobre el daño patrimonial y, ante su ausencia, es clara la falta de certeza de dicho elemento de la responsabilidad fiscal.

Aun así, como se viene de advertir y conforme a las certificaciones del DADEP, los bienes inmuebles objeto del Contrato No. 574 de 2015 son de uso público, más aun considerando su carácter de salones comunales, lo que pone en evidencia su destinación al interés general en los términos del artículo 674 del Código Civil y los diferentes pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Así las cosas, los bienes mejorados por la Caja de Vivienda Popular son un deber estatal y cumple con los fines del Estado, en la medida que permiten un adecuado desarrollo del derecho de asociación en un Estado democrático y participativo, como los son los que se desarrollan en el seno de las Juntas de Acción comunal. Esto evidencia la ausencia de detrimento patrimonial, pues los beneficiarios de las mejoras realizadas no fueron los presuntos propietarios de los inmuebles, sino la comunidad en general, objeto esencial de la contratación pública.

Sobre el particular, conviene recordar que el artículo 51 de la Ley 743 de 2002, establece que el patrimonio de los organismos de acción comunal no pertenece ni en todo, ni en parte a ninguno de los afiliados. Asimismo, el artículo 54 *ibidem* prevé que a los bienes, beneficios y servicios administrativos por los organismos de acción comunal tendrán acceso todos los miembros de la comunidad y los miembros activos y su familia de conformidad con sus estatutos y reglamentos.

Como vemos, los bienes de una Junta de Acción Comunal son de uso común y, partiendo de esto, fue que se pretendió el desarrollo del Contrato No. 574 de 2015, cuyo objeto fue realizar las reparaciones locativas de los salones comunales.

Entonces, el objeto del contrato y sus fines clausulares, no buscaron favorecer el patrimonio de ninguna persona, que es lo que efectivamente proscribe el Artículo 355 Constitucional, en la medida que las determinaciones de arreglo buscaban todo lo contrario, como lo es el

mejoramiento de bienes que sirvan para el ejercicio de las actividades sociales de la comunidad.

Luego, si por alguna situación, ajena al objeto buscado en el desarrollo del contrato, fue malversado o ilegalmente aprovechado por particulares, no se debió al hecho propio del contrato, si no a la invasión del espacio por parte de terceros, hecho este que es ajeno al detrimento y que les corresponde a otros escenarios de la administración conservar. Sobre este último escenario, se puede llamar la atención de la Contraloría, en la medida que no se ha sujetado a discusión la participación y actuación, acción u omisión de otras entidades del distrito que pudieron tener una injerencia o participación directa o indirecta en el detrimento achacado.

Esto por cuanto, en virtud de los fundamentos de la imputación, se denota claramente que la Caja de La Vivienda Popular, no cuenta con las facultades legales para realizar la recuperación de predios públicos que han sido invadidos por terceros y tampoco el estudio de títulos de dichos feudos, hecho que aunque pareciera alejado de la discusión, guarda plena relación con el mismo, amén de que en esa hipótesis nada se ha debatido al respecto.

Por lo anterior descrito, no existe daño patrimonial, en la medida que las condiciones propias del contrato estaban establecidas para mejorar bienes de uso común y para el desarrollo, goce y disfrute de otros derechos comunales o vecinales. La mejora de un patrimonio, como el subsidio o cualquier forma de acrecimiento de derecho real es propio de otro tipo de accionar del Estado y él se enmarca en políticas públicas que no son propias de la naturaleza jurídica de la Caja de Vivienda Popular.

Tampoco existe certeza sobre dicho patrimonial, por cuanto no hay un estimativo de cuáles fueron los predios beneficiados, en qué se beneficiaron y por qué valor. El detrimento imputado en el resuelve se establece por el mismo valor del contrato, basado en un concepto que no es vinculante, de unos predios que no se saben cuáles son y cuanto se favorecieron y endilgando funciones que lo corresponden al imputado. En efecto, no fue posible determinar por qué no hay un informe que detalle cuáles fueron los predios que se beneficiaron en contraprestación del detrimento, si hay o no un proceso judicial de recuperación y si efectivamente le corresponde a la Junta de Acción Comunal dichos predios.

En conclusión, no se evidencia la existencia de daño patrimonial, toda vez que los predios beneficiados son patrimonialmente de la Junta de Acción Comunal, la cual es de la comunidad y por esa razón no beneficia a un particular. Además, fue el DADEP, en cumplimiento de sus funciones, quien certificó la titularidad de dichos inmuebles, por lo que la contratación se realizó con base en dicha información. Adicionalmente, en todo caso, si los inmuebles son de propiedad de particulares como lo afirma el ente de control fiscal,

debió haber acreditado el monto de las mejoras que presuntamente están siendo pretendidas por dichos particulares o cuya propiedad se transfirió a ellos, máxime si se considera que las mejoras deben ser reembolsadas, por el principio esencial del derecho del enriquecimiento sin justa causa.

Por estas razones, nos encontramos ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, siendo jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal. Por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que revocar el fallo con responsabilidad fiscal y, en su lugar, absolver al funcionario.

3.2. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL CASO OBJETO DE ESTUDIO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, YA QUE NO SE CONFIGURÓ LA CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL SEÑOR JOSÉ ANDRES RIOS VEGA

Es preciso señalar que no existe culpa grave o dolo en cabeza del señor JOSÉ ANDRES RÍOS VEGA, en su calidad de Director General de la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, en la medida que no se logró acreditar un incumplimiento grave de sus funciones, pues a pesar de que insistentemente la CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. arguye que el presunto responsable fiscal debía verificar la titularidad de los bienes inmuebles, no se probó que dentro de sus responsabilidades estaba la realización de un estudio de títulos sobre los salones comunales objeto del Contrato No. 574 de 2015. De hecho, como se advirtió previamente, el DADEP es quien tiene la función de registrar y certificar el patrimonio inmobiliario del Distrito, de manera que con base en dicha certificación era plenamente viable adelantar el proceso contractual y realizar las mejoras pertinentes.

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

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

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

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

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

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío

legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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

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

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

*“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”⁴* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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

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

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁵.

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

Al respecto, el ente de control fiscal reiterativamente afirma que el señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA debió hacer un estudio jurídico sobre los inmuebles en donde se invirtieron los recursos a partir de documentos como el certificado de tradición y libertad o el certificado catastral, sin embargo, no hace ninguna mención al manual de funciones de su cargo, ni relaciona una sola función que esté relacionada con la obligación que se aduce fue incumplida.

Así las cosas, es evidente que no se logró acreditar la culpa grave del señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, toda vez que no hay ninguna función de su cargo que esté relacionada con la verificación de la titularidad de los inmuebles objeto de la contratación adelantada por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR. De hecho, en la certificación relacionada en el fallo con responsabilidad fiscal, se afirmó que “(...) La dependencia encargada de realizar los estudios para determinar la viabilidad de las intervenciones en salones comunales fue la Dirección de Mejoramiento de Barrios. En este sentido, el criterio tenido en cuenta para la realización de intervenciones en salones comunales se encuentra establecido por los procedimientos del proceso”.

Vemos entonces que dicha verificación le correspondía a la DIRECCIÓN DE MEJORAMIENTO DE BARRIOS, más no al señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, en su calidad de DIRECTOR GENERAL. Al respecto, conviene señalar que la figura de la delegación exime de responsabilidad al delegante en los términos del artículo 211 de la Constitución Política y, en el caso concreto, las funciones antes mencionadas fueron delegadas en el DIRECTOR DE MEJORAMIENTO DE BARRIOS, por lo que el director

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

general en su calidad de delegante está eximido de responsabilidad frente a las funciones delegadas.

Más allá de lo anterior, el artículo 7 del Acuerdo 018 de 1999 establece que el DADEP tiene como funciones, entre otras:

“Diseñar, organizar, operar, controlar, mantener, reglamentar y actualizar el Inventario General del Patrimonio Inmueble Distrital, que se compondrá de dos capítulos básicos: Espacio Público y Bienes Fiscales del nivel central. Todos los bienes constitutivos del Espacio Público y del patrimonio inmueble del Distrito Capital, aparecerán en un registro computarizado a través de un sistema de información geográfica y de una base de datos referida a las coordenadas del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante identificación en mapa digital y acudiendo a los recursos más modernos que ofrezca la técnica.

Organizar, operar, controlar, mantener, reglamentar y actualizar con base en dicho inventario el Registro Único del Patrimonio Inmobiliario Distrital. Para todos los efectos legales y fiscales el registro de cada bien será certificado por la Defensoría del Espacio Público y el avalúo respectivo se registrará en los estados financieros del Distrito Capital.

Expedir las certificaciones correspondientes sobre los inmuebles que se lleven en el Inventario General del Patrimonio Inmueble Distrital.

Identificar los inmuebles que vienen siendo utilizados por la comunidad como de uso público y que se encuentran dentro del dominio privado, con el fin de incluirlos dentro del inventario del patrimonio inmueble del Distrito Capital y adelantar las acciones pertinentes para obtener la declaratoria de pertenencia a su favor de conformidad con la Ley”.

Conforme a lo anterior, le corresponde al DADEP expedir las certificaciones de los inmuebles de uso público de propiedad del Distrito y adelantar las gestiones tendientes a incluir dentro del inventario del patrimonio inmobiliario, los inmuebles utilizados por la comunidad como de uso público. Así las cosas, como quedó acreditado dentro del proceso, el DADEP certificó que los inmuebles objeto del Contrato No. 574 de 2015 eran de uso público, por lo que con base en dicha información fue que se adelantó la respectiva contratación. De este modo, es evidente que la certificación del DADEP tiene plena credibilidad, siendo esta autoridad la responsable de certificar sobre los inmuebles dentro del inventario inmobiliario del Distrito, por lo que no había lugar a verificar en otras bases de datos sobre la titularidad de dichos inmuebles, como erradamente lo consideró el ente de control fiscal.

Como se observa, es claro que el estudio de pre-viabilidad debía realizarse con fundamento en la certificación expedida por el DADEP, siendo esta la autoridad que certifica e inventaría

los inmuebles de uso público de propiedad del Distrito. Por lo anterior, es claro que no debía acudir a otros instrumentos jurídicos como el certificado de tradición y libertad y el certificado catastral. Aun así, la verificación le correspondía al Director de Mejoramiento de Barrios, más no al Director General, toda vez que dentro de las funciones de este último no existe obligación alguna relacionada con la constatación de la titularidad de los inmuebles, lo cual demuestra la ausencia de culpa grave o dolo por parte del señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA.

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

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

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

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

Ahora, teniendo en cuenta que el fallo con responsabilidad fiscal decidió declarar como tercero responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA, con fundamento en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, el ente de control tenía el deber de analizar las condiciones generales y particulares pactadas en dicho contrato de seguro. No obstante, es evidente que no lo realizó, toda vez que no hizo ningún pronunciamiento respecto a la evidente falta de cobertura temporal, como se entrará a exponer.

4.1. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CONSIDERACIÓN, NI HIZO PRONUNCIAMIENTO ALGUNO RESPECTO AL ARGUMENTO DE LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA No. 930-87-994000000033

En el remoto e improbable evento en que el Honorable Despacho considere que sí se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal en cabeza del investigado, es necesario que tome en consideración que la póliza ya referenciada no tiene cobertura temporal respecto de los hechos investigados. Lo anterior, toda vez que la responsabilidad de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, está delimitada estrictamente por el amparo que otorgó a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, como lo confirma el examen del texto del contrato de seguro que enmarca las obligaciones que contrajo. Se concluye entonces que al haberse determinado una condición temporal constitutiva de siniestro, en la que se indicó que para que se entendiera ocurrido el siniestro es necesario la notificación al asegurado del auto de apertura de la investigación preliminar o del proceso en vigencia de la póliza, claramente el contrato no presta cobertura temporal.

Es importante recordar, nuevamente, que en las CLÁUSULAS Y CONDICIONES PARTICULARES BÁSICAS OBLIGATORIAS de la póliza en referencia, se pactó lo siguiente:

“Es objeto de cobertura, cualquier investigación o proceso judicial, administrativo, disciplinario, fiscal, iniciado por autoridades externas e independientes de la entidad, iniciados o notificados en contra de cualquier persona asegurada, a la aseguradora por cualquier acto incorrecto o cualquier comunicación escrita en que se reclame la comisión de un acto incorrecto dirigida a cualquier persona asegurada, a la entidad o a la aseguradora, en la que se evidencie la intención de hacer responsable a una persona asegurada de un acto incorrecto siempre y cuando no tenga el carácter de doloso. La cobertura otorgada bajo el presente numeral se hace extensiva también tanto a los perjuicios por lo que los funcionarios asegurados fuere responsables por haber cometido un acto incorrecto respecto del cual se le siga o debería seguir, bien juicio de responsabilidad fiscal al tenor de lo consagrado en la ley 610 de 2000, o bien, acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición por culpa grave, al tenor a lo consagrado en la ley 678 de 2001”.

A renglón seguido, se pactó el sistema de cobertura que, como bien se sabe, puede ser bajo la modalidad de ocurrencia o *Claims Made*, a luces de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, el cual dispone que en el seguro de responsabilidad, la cobertura puede circunscribirse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, incluso por hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Con fundamento en dicha normativa, la póliza previó el siguiente sistema de cobertura:

“El sistema bajo el cual opera la presente póliza es por la notificación a los asegurados, de investigaciones preliminares y/o procesos durante la vigencia de la póliza y derivados de hechos ocurridos desde el periodo de retroactividad otorgado”.

Más adelante en dichas condiciones, se aclaró lo que constituía siniestro, en los siguientes términos:

“Se considera siniestro a partir de la notificación del auto de apertura de la investigación preliminar. Cobertura de gastos de Defensa incluye indagaciones preliminares por asegurado”.

De esta forma, resulta evidente que el riesgo contractualmente amparado por la Aseguradora es el acto administrativo que notifica al asegurado de la investigación preliminar durante la vigencia de la póliza. En otras palabras, para que sea jurídicamente posible la afectación de la póliza, resulta indispensable que el auto que informa al asegurado de la apertura de la investigación, sea notificado dentro de los extremos temporales fijados en el contrato de seguro. Al respecto ha indicado el Consejo de Estado:

*“32. Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, **puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales.** Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece que “Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro*

*33. De acuerdo con lo anterior, el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza. Como lo sostuvo la Sala, “Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, **es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza,** puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley”⁶.*

De acuerdo con lo anterior, es pertinente concluir que siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado, no había lugar a declarar la responsabilidad de la COMPAÑÍA

⁶ Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472). Consejera Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

ASEGURADORA, pues esta solo surge cuando el siniestro -entendido como la notificación del auto de apertura- se produce dentro del término de vigencia de la respectiva póliza. De tal suerte, que no cabe duda alguna en cuanto a la falta de cobertura temporal de la Póliza No. 93087994000000033, por cuando quedó completamente claro que según el sistema de cobertura de la póliza, se entiende configurado el siniestro cuando se notifique el auto de apertura de la investigación preliminar y esto debe hacerse en vigencia de la póliza.

Dicho lo anterior, vemos que la notificación del siniestro se hizo por fuera de la vigencia de la póliza, pues como bien se reconoció en el fallo con responsabilidad fiscal, el señor JOSE ANDRÉS RÍOS VEGA fue notificado del auto de apertura el día 3 de septiembre de 2018. No obstante, a mi procurada se le vinculó en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, con vigencia entre el 14 de julio de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, lo cual hace evidente que el siniestro acaeció por fuera de su vigencia, tornando clara la falta de cobertura temporal del contrato de seguro.

En gracia de discusión, aun cuando este fue el límite temporal por el cual se vinculó a mi prolijada al presente proceso de responsabilidad fiscal, el contrato de seguro se prorrogó en dos oportunidades hasta el 15 de marzo de 2016, sin embargo, el siniestro -entendido como la notificación del auto de apertura al asegurado- se efectuó por fuera de su vigencia, esto es, extemporáneamente, por lo que el contrato de seguro no puede cubrir los hechos materia de responsabilidad.

Así pues, las condiciones generales y particulares de la póliza son claras en advertir el sistema de cobertura que, para el caso concreto, corresponde a la notificación a los asegurados de las investigaciones preliminares. De esta manera, la póliza solo presta cobertura en esas condiciones, esto es, que la notificación se efectúe en vigencia del contrato de seguro. No obstante, hasta el día 3 de septiembre de 2018 se notificó al señor JOSE ANDRÉS RÍOS VEGA del auto de apertura y, considerando que la vigencia de la póliza comprendía el periodo entre el 14 de julio y el 31 de diciembre de 2015 o, inclusive, hasta el 15 de marzo de 2016, es claro que dicha notificación se realizó por fuera de la vigencia, resultando entonces en la falta de cobertura temporal.

Así pues, el presente evento carece de cobertura bajo el contrato de seguro en mención y en consecuencia, no puede imponérsele obligación indemnizatoria alguna a la sociedad que represento, toda vez que los hechos que eventualmente habrían generado un detrimento en el erario se materializaron después de fenecida la última vigencia de la Póliza en la que se asumió el riesgo expresado en las condiciones de amparo. Entonces, una vez afirmados los anteriores supuestos, se advierte que la cobertura de la póliza no prestó cobertura temporal, según el condicionado general ya descrito, puesto que el hecho que se describe como dañoso no ocurrió en el término de vigencia de la póliza.

En conclusión, al no notificarse el hecho imputable en el término de cobertura, no se puede afectar el contrato de seguro. Por lo expuesto, es preciso solicitar al Juzgador Fiscal absolver a mi representada del presente proceso fiscal, ya que no le ha surgido obligación alguna con base en las condiciones pactadas en el seguro.

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

Como se expuso líneas atrás, en el caso concreto no se encuentran configurados los elementos de la responsabilidad fiscal, en especial, el daño patrimonial y la culpa grave o dolo de los presuntos responsables, en la medida que no se logró comprobar que las mejoras realizadas sobre los inmuebles presuntamente de propiedad de particulares son utilizadas o fueron en beneficio de privados, de hecho, se comprobó que los salones comunales son utilizados por la comunidad y, en este sentido, cumplen la característica de bienes de uso público. En los mismos términos, tampoco se acreditó una conducta dolosa o gravemente culposa, al no haberse relacionado las funciones presuntamente incumplidas en lo atinente a la verificación de la titularidad de los inmuebles.

Es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que 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 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 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

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.

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, en la póliza en comento se pactó el siguiente riesgo asegurado:

“Es objeto de cobertura, cualquier investigación o proceso judicial, administrativo, disciplinario, fiscal, iniciado por autoridades externas e independientes de la entidad, iniciados o notificados en contra de cualquier persona asegurada, a la aseguradora por cualquier acto incorrecto o cualquier comunicación escrita en que se reclame la comisión de un acto incorrecto dirigida a cualquier persona asegurada, a la entidad o a la aseguradora, en la que se evidencie la intención de hacer responsable a una persona asegurada de un acto incorrecto siempre y cuando no tenga el carácter de doloso. La cobertura otorgada bajo el presente numeral se hace extensiva también tanto a los perjuicios por lo que los funcionarios asegurados fuere responsables por haber cometido un acto incorrecto respecto del cual se le siga o debería seguir, bien juicio de responsabilidad fiscal al tenor de lo consagrado en la ley 610 de 2000, o bien, acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición por culpa grave, al tenor a lo consagrado en la ley 678 de 2001”.

Sin embargo, 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 listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha

responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza de los presuntos responsables, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública. Todo lo contrario, se encuentra demostrada la ausencia de daño patrimonial, toda vez que se partió de meras especulaciones respecto a la propiedad de las mejoras, sin embargo, no existe prueba de que haya particulares que pretendan la propiedad de las reparaciones locativas realizadas por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR. Aun así, es evidente que ningún particular puede apropiarse por las mismas, no solo por el principio del enriquecimiento sin justa causa, sino porque la propiedad de los salones comunales es de toda la comunidad, cumpliendo así con los elementos de los bienes de uso público. Asimismo, tampoco se logró acreditar culpa grave o dolo del señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, por cuanto en su calidad de Director General no tenía funciones de verificar la titularidad de inmuebles y, en todo caso, dicha función fue delegada al Director de Mejoramiento de Barrios. Por último, es evidente que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR no es la competente para realizar el inventario de los bienes de uso público del Distrito, sino que es el DADEP, por lo que le corresponde a aquella la verificación y constatación de la titularidad sobre los mismos.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal de los presuntos responsables fiscales, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000033, expedida por la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

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

4.3. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE SE CONFIGURÓ UNA DE LAS EXCLUSIONES CONTEMPLADAS EN LA PÓLIZA

Sobre el particular, la Contraloría no tuvo en cuenta que una de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro son precisamente los pagos o retribuciones indebidas realizadas por los funcionarios y, en el caso concreto, se discute la realización de mejoras (beneficios) en favor de particulares, lo que hace evidente su exclusión del amparo de la póliza.

Ahora bien, tal como lo señala el Artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador puede, a su arbitrio, delimitar los riesgos que asume:

“(…) Art. 1056.- Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”.

En virtud de la facultad citada en el referido artículo, el asegurador decidió otorgar determinados amparos, siempre supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, e incorpora en la póliza determinadas barreras cualitativas que eximen al asegurador a la prestación señalada en el contrato, las cuales se conocen generalmente como exclusiones de la cobertura. En el caso de la Póliza son la siguientes:

“EXCLUSIONES

Queda expresamente convenido y aceptado que la oferta de la aseguradora para el presente seguro, contempla única y exclusivamente las exclusiones, abajo estipuladas.

De conformidad con lo anterior, las exclusiones abajo señaladas corresponden a las únicas aplicables en la oferta del presente seguro y la póliza que se expida; quedando expresamente señalado y acordado que la compañía acepta que las exclusiones contenidas o indicadas en el ejemplar de las condiciones generales de la póliza u otro documento que se emita en aplicación a la misma se entenderán como no escritas.

Se excluyen reclamaciones tendientes a obtener el pago o devolución de ninguna suma, remuneración o dádiva otorgada, pagada o entregada por los funcionarios asegurados a terceros, cuando dicho pago sea considerado indebido, improcedente o ilegal, así como cualquier tipo de ventajas, beneficios o retribuciones otorgadas a favor de los funcionarios asegurados con cargo de la Entidad Tomadora que sea contrario a las disposiciones legales que rigen la actividad de la Entidad Tomadora.

j. Exclusión de daños o pérdidas no relacionadas con el desempeño de sus funciones.

No se ampara los daños o pérdidas ocasionadas por incurrir el funcionario asegurado en faltas, errores u omisiones no directamente relacionadas con el desempeño de las funciones propias de su cargo, bien sea que las mismas constituyan o no faltas disciplinarias. Adicionalmente se excluyen las reclamaciones generadas por o resultantes del incumplimiento de cualquier obligación de carácter contractual adquirida por los funcionarios asegurados, distintas de las inherentes a las responsabilidades de administración, adquiridas en su carácter de servidor público.

La Superintendencia Financiera de Colombia, ha desarrollado el tema incluso desde el año 1996 a través de la Circular 007, donde indico:

“1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones).

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada”.

Posteriormente en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros:

Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

*1.2.1.1. **En la carátula:***

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

*1.2.1.2. **A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)***

Las exclusiones en este caso cumplen con las exigencias en el Estatuto del Consumidor en tanto que yacen descritas en carácter legibles, visibles y comprensibles en la proforma anexa que se entregó al tomador con la suscripción del seguro, entonces, el pacto de estas exclusiones hace parte del ejercicio legal y libre de la actividad mercantil aseguraticia, en tanto que el art. 37 de la Ley 1480 del 2011 permite a la aseguradora instrumentar la prerrogativa del art. 1056 del Código de Comercio a través de la institución de exclusiones.

La Superintendencia financiera Colombia bajo Radicado 2019153273-007-000, procedió a dar una posición frente a los amparos y exclusiones de la póliza, emitiendo la siguiente consideración:

“Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma

continúa a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.”

De lo descrito anteriormente, se evidencia que el evento no goza de cobertura, por el hecho que comporta el axioma principal de la imputación que es el pago indebido de mejoras a bienes de particulares, lo cual es contrario al Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, luego ese detrimento en particular está expresamente excluido en el contrato de seguro. Asimismo, los hechos estarían expresamente excluidos porque, como se advirtió, nunca se hizo mención alguna de las funciones a cargo del señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, por lo que es dable presumir que la atribución de responsabilidad se fundamentó en hechos ajenos al desempeño de sus funciones, situación que también se encuentra dentro de las exclusiones pactadas.

En consideración de lo anterior, vemos que en la póliza se pactaron expresamente unas exclusiones que, particularmente, corresponden a los hechos objeto de reproche, por lo que, al no estar amparados por la póliza, deberá desvincularse a mi representada del presente trámite.

4.4. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE PRESCRIBIERON LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Con relación a este argumento, la Contraloría se ciñó a esgrimir que el término prescriptivo, a luces del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, era de cinco (5) años, más no de dos (2) años como se arguyó en los argumentos de defensa presentados por mi procurada. Sin embargo, no tomó en cuenta que desde el momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, desde el 25 de agosto de 2015, hasta que declaró civilmente responsable a mi representada, es decir, el 28 de abril de 2023, transcurrieron más de cinco (5) años, por lo que es evidente que prescribieron las acciones derivadas del contrato de seguro.

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

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

Página 27 de 30

vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, **debiéndose responder que sí**, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguro, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

“...tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal...”

(...)

Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.

...Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 250002324000200600428

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

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

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

Así las cosas, el operador jurídico debió analizar la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a partir del hecho generador del daño que no puede ser otro que la fecha del Contrato 574 de 2015, es decir el 25 de agosto de 2015. En virtud de lo anterior y acogiendo el criterio de la Contraloría, se tenía hasta el 25 de agosto de 2020 para declarar civilmente responsable a mi procurada, considerando que con esta decisión se está afectando la póliza de seguro. Sin embargo, esto se hizo mediante el fallo con responsabilidad fiscal de fecha 28 de abril de 2023, es decir, 2 años, 8 meses y 3 días después de fenecido el término, lo que pone en evidencia la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se ha configurado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por el cual se vinculó a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, a luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, toda vez que la ocurrencia de los hechos materia de investigación fiscal del presente proceso acaecieron el 25 de agosto de 2015, aun así, la póliza se afectó hasta la expedición del fallo con responsabilidad fiscal el día 28 de abril de 2023, habiendo transcurrido más de los cinco (5) años del término prescriptivo, resultando claro que operó el fenómeno de la prescripción extintiva.

V. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 021 DEL 28 DE ABRIL DE 2023**, notificado por AVISO a mi representada el 18 de mayo de 2023, proferido dentro del proceso de la referencia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se

⁹ 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.

acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño cierto causado al patrimonio de la administración pública.

- B.** Comedidamente, solicito se sirva **ABSOLVER** de toda condena a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, como tercero civilmente responsable, en la medida que la póliza 930-87-99400000003 no presta cobertura por los argumentos expuestos previamente.
- C.** Subsidiariamente, solicito se conceda el recurso de apelación.

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito y mi representada recibirán notificaciones en la Calle 69 No. 4 - 48, oficina 502 de la ciudad de Bogotá y en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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