

Señores.

CONTRALORÍA DE BOGOTÁ, D.C.

DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA
Subdirección del Proceso De Responsabilidad Fiscal.

Atn. Dra Yazmin Galvis Salcedo.

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF 170100-0204-18
ENTIDAD AFECTADA: CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR
VINCULADO: JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA
TERCERO VINCULADO: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA

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 la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** entidad aseguradora dedicada a los seguros generales, organizada como cooperativa, que tiene el carácter de institución auxiliar del cooperativismo, sin ánimo de lucro, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad Bogotá, D.C., con N.I.T. 860.524.654-6, tal como se acredita con el poder especial y los Certificados de Existencia y Representación Legal que se aportan. Comedidamente procedo a **PRONUNCIARME FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN** por medio del cual equivocadamente se vinculó a mi representada en virtud de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele y consecuentemente se proceda a proferir fallo sin responsabilidad fiscal. Todo ello conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con la disposición de recursos realizada por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR para la reparación locativa en salones comunales y edificaciones cuya titularidad en concepto de la Contraloría eran de dominio privado. Lo anterior, de conformidad con lo expresado bajo el capítulo de Consideraciones del Despacho, folio 21 del auto en comento.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura de fecha del 31 de julio de 2018, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (COP \$467.532.253,26), vinculando como presunto responsable fiscal a:

- JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.624.844, en calidad de director general de la Caja de Vivienda Popular.

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

Vinculación de Aseguradora Solidaria de Colombia en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 93087994000000033, con las vigencias descritas más adelante y tomada por parte de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha Póliza de Seguro. Lo anterior, por cuanto existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al Honorable Juzgador que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para proferir fallo sin responsabilidad fiscal y absolver a la Compañía Aseguradora que represento. Razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya la se profiera fallo sin responsabilidad fiscal y se absuelva a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

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

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

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

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

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

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

En este sentido, a continuación se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que proferir fallo sin responsabilidad fiscal dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. PRF 170100-0204-18.

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

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

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

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

*Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el*

*buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’”, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos,** para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).¹*

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

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado,** que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.² (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 material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso. En este orden de ideas, se debe tomar en consideración los siguientes fundamentos:

1. En el Informe de Auditoría efectuado a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, que se cita en el Auto de Imputación y bajo el Hallazgo Administrativo 2.1.3.12., que sirvió como argumento para la apertura del proceso de responsabilidad fiscal que nos ocupa. Se evidencia a folio 95 de dicho informe que, en desarrollo de este hallazgo, el equipo auditor refiere textualmente lo siguiente:

¹ Ibidem.

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.

“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.”

Más adelante, dentro del mismo informe y como respuesta por parte del ente auditado (CAJA DE VIVIENDA POPULAR), se transcribe:

“La norma mencionada, dispuso que las entidades administradoras del espacio público - dentro de ellas el DADEP, contarán con varios instrumentos para desarrollar dicha administración, dentro de ellos, (i) los actos administrativos que expidan las entidades distritales administradoras del espacio público en relación con los elementos del espacio público sobre los cuales ejercen sus funciones; y (ii) los contratos que suscriban con personas públicas o privadas, relacionados con la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico del espacio público¹⁸, entre otros.

Por esta razón, debe empezarse a desvirtuar la aseveración o creencia referente a que la norma en comento entregó a las Juntas de Acción Comunal legalmente constituidas, la tenencia de dichos predios, situación que no es cierta.

Con base en lo expuesto, el DADEP puede realizar la administración directa de los bienes que hacen parte del espacio público, o la administración indirecta, a través de la suscripción de: i) Contratos de Administración, Mantenimiento y Aprovechamiento Económico del Espacio Público; ii) Convenios Interadministrativo de Comodato; iii) Contratos de Comodato; y iv) Convenios Solidarios, con personas públicas o privadas, dentro de ellas, las Juntas de Acción Comuna, tal como se expone en la Guía de Administración de Bienes de Uso Público y Bienes Fiscales del Nivel Central que mencionó el equipo auditor.

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". (v. Folios 97 y 98 del Informe de Auditoría).

De lo transcrito, se observa sin lugar a dudas que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR contaba para la fecha de los hechos, 25 de agosto del 2015, con los documentos de pre viabilidad consistente en las certificaciones del DADEP. Lo anterior, tal y como lo refiere el auditado al informar que a través de los oficios 2015ER13671 y 2015EE12093, los mencionados bienes son de uso público y por tanto hacen parte del patrimonio del distrito. Esta documental fue objeto de verificación por el equipo auditor, cuando se lee dentro del mismo informe lo pertinente, y lo menciona, así:

"Evaluación de la respuesta aportada por la Administración:

*De la afirmación, "(...) concluyéndose con total firmeza que la Caja de la Vivienda Popular se encontraba facultada para intervenir los salones comunales (...) dado que los mismos no eran de propiedad de la Junta de Acción Comunal del barrio donde se encuentran ubicados (...)", hecha por la CVP en su respuesta a la observación presentada por este ente de control y de la revisión de los documentos técnicos que reposan en la carpeta de la pre viabilidad de cada salón comunal intervenido se pudo establecer que las construcciones levantadas en predios de uso público, objeto de intervención, no presentan claramente la titularidad a favor del Distrito Capital como lo afirma la CVP, toda vez, **que sí bien en la pre viabilidad de cada salón se incluyen certificaciones del DADEP de que los terrenos donde se encuentra la construcción destinada a los salón comunal son de uso público y hacen parte de las propiedades del Distrito Capital...**" (subrayado y negrilla fuera del texto original) (v. Folio 98 del Informe)*

Es decir, no existía duda alguna sobre las condiciones requeridas para las reparaciones locativas objeto de la discusión. Pues de un lado, se contaba con la certificación del DADEP, respecto de las características de dichas edificaciones, de estar construidas en terrenos de uso público. De otro lado, el hecho mismo de que 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, es una muestra clara de que se trata de bienes al servicio de la comunidad. De tal suerte, que no obra en el citado informe acuerdo o convenio que se haya aportado para desvirtuar lo expuesto.

Aparte de lo indicado ya, vale la pena mencionar varios aspectos relevantes del caso y en particular de los argumentos que expone el Acto de Imputación. En primer término, quisiera empezar por la definición de bienes fiscales y bienes públicos. Ello por cuanto se requiere para controvertir el argumento principal del detrimento.

Un bien puede ser de uso público y de uso privado. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional³, en donde es clara la diferencia entre uno y otro. Por un bien privado es

³ Sentencia T 150 de 1995. "La legislación civil y constitucional distingue con claridad dos clases de dominio, lo que comporta la aplicación de dos regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, el **dominio privado** que regula relaciones de coordinación, por lo tanto se encuentran sometidas al régimen que regula las relaciones entre particulares. Este dominio puede ser individual (artículo 58 de la Constitución) o colectivo, éste con algunas limitaciones para el comercio, el artículo 329 de la Carta la recoge como "no enajenable", el artículo 55 transitorio como enajenable "en los términos que señale la ley". Por otro lado se encuentra el **dominio público** definido como el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad (artículos 63, 82, 102, 332 de la Carta)¹. Dentro de esta última categoría se diferencian dos clases:

aquello que le pertenece al particular, el régimen jurídico es el privado y son propiedad de un particular. De suerte que sus formas de adquirir, al menos en Colombia demandan título y modo para detentar los atributos del dominio, como lo son los de uso, goce y disposición. Empero, ante la carencia de una de estos tres últimos, se encontrará ante una nuda propiedad, sin más realidad jurídica que las propias del derecho que le compete y en los términos de la obra civil.

Por otro lado, un bien de uso público ya guarda otras características. Como define el Código Civil en el Artículo 674 inciso 2, se deben tomar en consideración dos criterios fundamentales: 1) que pertenezcan a una Entidad de Derecho Público y 2) que su destino sea de utilidad común a todos los habitantes. El uso de los bienes públicos es una característica propia que en ocasiones puede ser restringido temporalmente para su explotación, como en el caso de las concesiones, o por ejemplo en la utilización de servicios a la comunidad. Por ejemplo:

*En casos específicos, el espacio público pueda ser objeto de alguna limitación transitoria y razonable como resultado de disposiciones que reconocen a los particulares ciertas garantías relacionadas con el derecho de propiedad, con la seguridad, con la prestación de servicios a la comunidad o con el libre desarrollo de actividades culturales o cívicas. En estos casos, es preciso identificar criterios que permitan la armonización de diferentes derechos e intereses que pueden verse enfrentados, de tal forma que se impida la apropiación por parte de los particulares de elementos **del espacio público que garantizan la vida en comunidad (v.g. el cerramiento de una calle que hace posible el acceso a un sector de la ciudad) y permiten el ejercicio de derechos individuales, sociales y colectivos que mejoran la calidad de vida de todas las personas** (en plazas, parques, lugares de reunión etc.). (Sentencia C - 265 de 2002) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En otra categoría aparecen los bienes fiscales, (art 674 C.C. Inc 3) en los que los bienes se destinan o se usan por el Estado pero el mismo no siempre está determinado al uso general público y que tienen las siguientes características:

La Constitución de 1886 establecía expresamente en su artículo 202-2, que la propiedad sobre los terrenos baldíos correspondía a la Nación, al prescribir que: "pertenece a la República de Colombia... 2 Los baldíos, minas y salinas que pertenecen a los estados cuyo dominio recobra la

4. Bienes del Estado cuyo régimen es igual al de los particulares, también se denominan bienes fiscales. Se definen en el artículo 674 del Código Civil como aquellos bienes "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes...". Son bienes patrimoniales del Estado o de sus entes territoriales destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza en forma inmediata.

Dentro de esta especie se encuentran también los bienes fiscales adjudicables, que son aquellos por los cuales el Estado asume la titularidad en la medida que se traslade el uso y explotación a manos particulares, en principio a cambio de una contraprestación económica para el Estado, ejemplo: las minas, los bienes baldíos.

5. Bienes afectados al Uso Público. Se encuentran en cabeza del Estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad.

Estos bienes no son res nullius, pero respecto de su titularidad existen dos teorías que vale la pena destacar. Para algunos teóricos, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Esta posición es la que acoge el artículo 674 del Código Civil, los define como aquellos bienes cuyo "dominio pertenece a la República" y el "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...". Este listado meramente enunciativo se complementa con varias normas, entre las cuales se encuentra la disposición contenida en el artículo 116 del Decreto 2324 de 1984 donde define como bienes de uso público las playas, terrenos de baja mar y las aguas marinas."

Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización". Si bien la Constitución de 1991 no hace una mención específica sobre la titularidad pública de los baldíos, la jurisprudencia ha señalado que éstos se incluyen dentro de los bienes fiscales señalados en su artículo 102. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha explicado, según los lineamientos de la legislación civil, que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende (i) los bienes de uso público y (ii) los bienes fiscales. (i) Los bienes de uso público, además de su obvio destino se caracterizan porque "están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales" El dominio ejercido sobre ello se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad. (ii) Los bienes fiscales, que también son públicos aun cuando su uso no pertenece generalmente a los ciudadanos, se dividen a su vez en: (a) bienes fiscales propiamente dichos, que son aquellos de propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno "igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes"; y (b) bienes fiscales adjudicables, es decir, los que la Nación conserva "con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley", dentro de los cuales están comprendidos los baldíos"⁴.

Acaecida esta distinción, pertinente en su aforo, se argumenta que la disposición de imputación carece de un objeto legal, en tanto los bienes mejorados son en este momento del Estado para la mejora de las convivencias sociales y que han sido establecido como bienes cuya destinación es la del uso público. Esta determinación se fundamenta en que, tal como se advierte en razonamiento precedente, las concentraciones del elemento de propiedad sobre la suposición el uso y el goce que hoy pudiera hacer un particular sobre las mejoras hechas, son muy limitadas, por no decir que son nulas. 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, de un Estado democrático y participativo, como los son los que se desarrollan en el seno de las Juntas de Acción comunal. Génesis de la democracia patria y lugar en donde se debaten las mejores formas sociales de quienes habitan los barrios más olvidados de la Ciudad.

Un aparte que cobra relevancia en este actuar, es la naturaleza propia de quienes "fueron beneficiarios del detrimento". Olvida de lejos el acto de imputación, que las Juntas de Acción Comunal se enmarcan en la particularidad jurídica y patrimonial específica y propia, si quiera similar a la de bienes de uso común. Ahora, aunque no son *Res Nullius*, le pertenecen a una comunidad que se beneficia de ellos. El análisis de la imputación fiscal es corta en el sentido de no establecer cómo es que se beneficiaron los particulares con mejoras que legalmente le están vetadas. Esta última afirmación se hace en el Artículo 51 de la Ley 743 de 2002, reglamentaria de las Juntas de Acción Comunal, que a la letra indica lo siguiente:

RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL.



⁴ Sentencia C.-028 de 2018 – MP LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ARTÍCULO 51. PATRIMONIO. *El patrimonio de los organismos de acción comunal estará constituido por todos los bienes que ingresen legalmente por concepto de contribuciones, aportes, donaciones y las que provengan de cualquier actividad u operación lícitas que ellos realicen.*

PARÁGRAFO. *El patrimonio de los organismos de acción comunal no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los afiliados. Su uso, usufructo, y destino se acordará colectivamente en los organismos comunales, de conformidad con sus estatutos.*

Posteriormente, en el Artículo 54 *Ibidem*: *A los bienes, beneficios y servicios administrados 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 se puede observar, los bienes de una Junta de Acción Comunal son determinados como de uso común y esa precisamente fue la destinación y el objeto del contrato 574 de 2015: *"la Caja de la Vivienda Popular, requiere contratar per el sistema de precios unitarios fijos, sin formula de reajuste, las reparaciones locativas de los salones comunales, obras de intervención física a escala barrial, ubicadas en las localidades de Ciudad Bolívar, Rafael Uribe Uribe, San Cristóbal en Bogotá D, C, de conformidad con las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones"*.

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 buscan 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 objetivo 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 le 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, a juicio de este sensor, no existe una responsabilidad atribuible al asegurado José Andres Ríos Vega, 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. De otra parte, en el marco del razonamiento consignado en el Auto de Imputación, se advierten argumentos traídos del DADEP (*Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público*), por un

concepto dado con posterioridad a la ejecución del contrato y que determina una serie de funciones propias de identificación de “bienes privados que se encuentran en espacios públicos.”. El solo argumento del Auto permite inferir varias cosas 1) que son los particulares quienes han venido invadiendo espacios públicos que no son susceptibles de ser posesos; 2) que las funciones de recuperación de ese espacio le corresponden al DADEP y no a la Caja de Vivienda Popular 3) que en todo caso no es posible evidenciar cuáles son los predios objeto del contrato 574 arden los que se evidencia detrimento.

Frente al primer razonamiento, está claro que al Dr. José Ríos Vega no le es posible determinar, ni siquiera al momento de la celebración del contrato, saber con grado de certeza qué tipo de dominios se presentan en los predios, porque en ese caso, a quien le corresponde evidenciar que esos predios destinados al servicio de las Junta de Acción Comunal y los salones comunales, cumplan con su destinación pública es al DADEP y en todo caso se exige del imputado una actuación que extra limita sus propias funciones. Entonces, ya en el segundo aspecto, es al DADEP a quien le corresponde establecer el censo de los predios que están invadiendo los bienes comunales. Tal como lo exponen en el mismo Auto, ellos deberán adelantar *“la investigación técnica y jurídica referida, podía remitir el casto a la Oficina Asesora Jurídica para adelantar la “viabilización” del mismo desde el punto de vista judicial y determinar si existe la posibilidad a no de iniciar acciones judiciales, verbigracia, demandas de pertenencia.”*.

Lo anterior nos lleva al tercer precepto y es que 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 verdad que la estructura motivacional del acto carece de un tipo objetivo de juicio, por cuanto el detrimento no se puede imputar por un hecho que se sale del control del asegurado y que en todo caso no fue posible determinar. 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. Hasta aquí lo único que se ha visto es un juicio de valor desequilibrado y mal estructurado, fundamentado en un supuesto, que a su vez se fundamenta en un concepto no vinculante. Aunado a que es otra Entidad a quien le corresponde la mencionada recuperación de los bienes que hoy ocupan el espacio público.

En conclusión, el detrimento imputado al Dr. Ríos Vega carece de un móvil jurídicamente determinable, en razón a que, primero, 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, como expone la imputación que vulnera “el artículo 355 Superior”. Segundo, si por alguna razón esos predios tienen dominio privado, le correspondía al DADEP establecer los criterios de reivindicación en favor del espacio público, pero como lo sostiene el mismo concepto dicha Entidad no lo ha realizado, es más, ni siquiera se tiene conocimiento del censo de los bienes que podrían estar afectados.

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 proferir fallo sin responsabilidad fiscal dentro del proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 54 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

“ARTICULO 54. FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

Luego, en conclusión de lo ya mencionado, se debería proferir un fallo sin responsabilidad, teniendo en cuenta que la conducta imputada, carece de elementos jurídicos sólidos, partiendo de la base que el detrimento no se dio ni se puede establecer, en la medida que el favorecimiento a privados imputado por la Contraloría no se enmarca típicamente en el reproche proscrito en el Artículo 355 Constitucional, lo que asociado al Artículo 54 de la Ley 610 – ya transcrito- debe terminar en un fallo SIN RESPONSABILIDAD, por no encontrarse los elementos que configuran dicha condición

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO:

En primer lugar, es necesario indicar que como lo ha determinado la Ley 610 de 2000, uno de los requisitos para la configuración de responsabilidad fiscal es la existencia de un hecho generador que implique un daño patrimonial al Estado. En ese sentido, no resulta posible endilgar responsabilidad fiscal cuando no se haya acreditado un hecho generador que haya producido un detrimento patrimonial al erario público. Frente a lo anterior, la Contraloría General de la República ha señalado:

“El hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por acción u omisión, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica o económica que revista la gestión fiscal en el caso específico. Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño.”⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Al respecto, el Consejo de Estado ha reseñado que es necesario diferenciar el hecho generador del daño fiscal, del daño en sí mismo. Entendiendo el primero necesariamente como aquel acontecimiento o fuente que constituye o produce un resultado dañoso en el fisco:

“La Sala estima que el argumento traído por el recurrente, confunde dos aspectos fundamentales propios de la responsabilidad, en tanto que asimila el hecho generador del daño con el daño en sí mismo.

Cuando el apelante estima que no era dable declararlo responsable fiscalmente porque el daño patrimonialmente del Estado se concreta en los pagos efectivos que ese hizo a un contratista, pagos realizados por los Gerentes que le reemplazaron, incurre en el error de ignorar que ese pago al que se vio avocada la entidad tuvo fuente en la falta de planeación en la etapa precontractual, en la cual, tal y como se probó en la primera instancia, el actor tuvo toda la injerencia en su calidad de gestor fiscal de la Lotería de Boyacá.

⁵ Contraloría General de la República. Concepto 20198 EE 0103363.

En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo.”

De tal suerte que el hecho generador corresponde a aquel elemento mediante el cual necesariamente se produce un daño al patrimonio público. Por lo que ante la ausencia de un hecho generador, indudablemente el daño será inexistente y consecuentemente, no habrá lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal.

En el caso que nos ocupa, frente al supuesto daño patrimonial argumentado por la Contraloría de Bogotá, D.C., es necesario poner de presente que la Contraloría toma como hecho generador del daño una presunta inversión de recursos realizada por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR para la reparación locativa en los salones comunales, edificaciones cuya titularidad, en concepto de la entidad eran de dominio privado. Afirmación que no se puede probar bajo ningún medio, toda vez que fue desvirtuada dentro del mismo Informe de Auditoría, como ya se enuncio anteriormente. A folios de ese documento se encuentra corroborado por el equipo auditor que obraban en los documentos contractuales las certificaciones pertinentes emitidas por la DADEP, en donde se certificaba las características de tales bienes de destinados a uso público así como también la evidencia de no haber sido entregados, para la época de los hechos, tales construcciones a las Juntas de Acción Comunal para su aprovechamiento. De modo que no es de recibo la imputación que realiza la Contraloría, cuando no existe certeza de que el hecho generador de un supuesto daño haya ocurrido como consecuencia de una actuación imputable al señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA.

Igualmente, sumamos a la discusión el hecho de que el daño no se ha materializado, en razón a que los predios mejorados siguen siendo de la comunidad, en la especialísima forma que la Ley 743 de 2002 le da al patrimonio de las Juntas de Acción Comunal. En efecto, las condiciones para que se endilgue el daño no están presupuestadas en este proceso, puesto que los bienes presuntamente mejorados, según la misma imputación, están en predios de las Juntas. Para que un daño se configure, debe reunir ciertas condiciones, entre ellas que sea cierto y determinable. Ninguno de los dos elementos se encuentra presente en el caso a tratar, en la medida de que no existe fundamento probatorio que determine qué tipo de bienes existen, cual extensión y en qué valor recibieron ayuda y el monto. Lo anterior, ya que el inventario que podría determinarlo no existía a la fecha de los hechos e inclusive un año después de la ejecución del contrato (2016) brillaba por su ausencia, hecho tal que deja la imputación en supuestos alejados de la certeza.

Igualmente, el daño no es determinable porque no existen los fundamentos técnicos, ni documentales que permitan conocer en cuanto se acrecentó el patrimonio de los particulares, presuntamente favorecidos por las mejoras contractuales. Un importante detenimiento en este aspecto es que la condición puntual para que se endilgue un detrimento patrimonial es que precisamente se actúe en beneficio de otros que aumentaron su capital. La mera expectativa no genera un daño y menos en condiciones que establecen como base el mero concepto, que como ya se dijo, no aplica como fundamento de un detrimento patrimonial. En otro aspecto no menor, en el acto de imputación se proscribió de manera tajante y da como cierto y absoluto, que están prohibidos cualquier tipo de incentivos o auxilios a terceros. Nada más alejado de la realidad. Basta es la Jurisprudencia

que ha examinado con mucho detenimiento las excepciones y condiciones en los auxilios o donaciones en favor de terceros que brinda el Estado, que no sólo gozan de legalidad si no, que son en sí mismo un medio para lograr los fines del Estado. Por ejemplo, la Sentencia C – 027 de 2016 indica:

*La jurisprudencia constitucional ha decantado en un amplio conjunto de pronunciamientos sobre el alcance del artículo 355, bajo premisas que justifican la constitucionalidad del mandato bajo revisión. Para empezar, la Corporación ha señalado que una prohibición absoluta como la que respalda la argumentación del accionante implicaría una tensión inaceptable entre distintas características centrales de nuestra Constitución. Así, suponer que el Estado, a través de sus órganos y ramas que ejercen el poder público, tiene prohibida la subvención de toda actividad de las personas de derecho privado haría inviable la satisfacción de las cláusulas de Estado social de derecho e igualdad material. En el mismo sentido, esta comprensión del artículo 355 generaría contradicciones entre su inciso primero y segundo; además, impediría la materialización de mandatos específicos de fomento a grupos vulnerables y actividades estratégicas para la consecución de fines como la igualdad o equidad de género, la satisfacción del derecho a la salud (y en general de las facetas prestaciones de todos los derechos), la protección del ambiente o el fomento a la ciencia, la educación o la cultura, entre otros. Así las cosas, ha explicado la Corte que, **ni el artículo 355 prohíbe de manera definitiva todo tipo de fomento económico a particulares, ni puede interpretarse de manera tal que vacíe el contenido de diversas cláusulas que consagran los deberes del Estado** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Entonces, tampoco es cierta la premisa que el Artículo 355 de la Constitución establezca de manera radical la prohibición de generar auxilios o donaciones a los particulares. Aquí es importante recalcar que no estamos dando por sentado que se admita que hubo un auxilio a particulares, como son el “Salón Comunal El Tesorito ubicado en Ciudad Bolívar y el salón comunal San Rafael Sur Oriental” porque como bien lo dice el Auto son salones comunales. De tal forma que si están como delimitados erróneamente como privados, su recuperación le corresponde al DADEP y no a la CVP. La Caja de Vivienda Popular determina como auxilio las mejores a los salones comunales en dónde se van a ver beneficiada la comunidad, de sectores marginales, en donde el mismo Estado no conoce a hoy día qué predios le son propios y cuales no. Luego, aportando al argumento de la imposibilidad de dar subsidios, es claro que sí se pueden dar y que en todo caso las mejores de construcción se dieron a salones comunales y que funcionan como tal para la comunidad, apoyando así la posibilidad de brindar mejores garantías sociales a los asociados circunvecinos de la obra. Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“Las erogaciones basadas en auxilios o subvenciones basados en la mera liberalidad del Estado, sin que se prevea contraprestación alguna y sin una clara finalidad redistributiva, son contrarias a la Constitución. Pero estas erogaciones se diferencian de los auxilios o subvenciones concedidos en razón de un precepto constitucional que las autoriza, con el fin de garantizar condiciones de acceso a bienes y servicios básicos de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos dentro de la sociedad. A este respecto, la sentencia C-324/09 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), que sintetiza la doctrina constitucional

sobre la materia, señala que “...la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por sí mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes: (...) Artículo 52, por el cual se consagra la obligación del Estado de fomentar las actividades deportivas y recreativas”⁶.

Siguiendo lo dicho, el objeto del contrato 574 de 2015 cumplió con los fines de realizar aportes y mejoras a bienes públicos de comunidades que lo requerían, tal como lo indica la sentencia C-507 de 2008, “las donaciones o auxilios solo serán constitucionalmente legítimas si son el resultado del cumplimiento del deber constitucional expreso de adoptar medidas encaminadas a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional y que son ejecutadas por particulares que requieren, para satisfacer los fines estatales, de un apoyo o ayuda del Estado”. En esta medida, se comprueba el incumplimiento de elementos esenciales de este tipo de responsabilidad y se considera oportuno hacer mención a lo manifestado por Younes (2006) en desarrollo doctrinario al respecto:

“Es necesaria la prueba de la certeza de la conducta fiscal reprochable, la ocurrencia del daño patrimonial del Estado, y la imputación de responsabilidad fiscal para el investigado.

Todo cargo de incriminación fiscal se considerará sin valor si se funda en prueba que se produjeron sin las exigencias legales o en forma que afectó los derechos fundamentales del investigado, en los términos del art. 29 de la Constitución Política, que como se sabe consagra el derecho fundamental al debido proceso en nuestro país.

*Recordamos que **esta responsabilidad es de carácter subjetivo y en consecuencia debe haberse probado el dolo o la culpa en los términos de la ley.** Igualmente, toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.”⁷ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Por estas razones, no existe un hecho generador de responsabilidad causado en contra del Estado, siendo jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal. Por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que proferir fallo sin responsabilidad fiscal dentro del proceso bajo análisis.

Entonces, a manera de conclusión vale la pena preguntarse ¿hubo daño antijurídico o detrimento patrimonial, basado en un hecho generador consecuencia de una conducta culposa o dolosa del imputado? La respuesta es no. Y ello se debe a que, como se ha argumentado, el contrato 574 de 2015 efectivamente se llevó a cabo y se realizaron las mejoras a los salones comunales de los barrios objetivos, todos ellos circundantes en

⁶ Sentencia C- 221 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Diego Younes Moreno “Derecho del Control Fiscal – Vigilancia para una Gestión Transparente de lo Público” 2006

poblaciones vulnerables y de estratos socioeconómicos 1 y 2. Dichas mejoras entraron al patrimonio de las mismas Juntas de Acción Comunal y la categoría de ese patrimonio es de especial, por las condiciones en las que la misma Ley los determina.

Ahora en cuanto al hecho generador del daño, supondría una conducta del Dr. Ríos que efectivamente se hubiera desplegado de manera culposa, pero no ha notado la Contraloría es que el actuar exigido del jefe de la Caja de la Vivienda Popular y por el que se le cuestiona, 1) es función de otra entidad -DADEP- porque a ella es a quien le corresponde velar por la recuperación de los predios comunales, 2) las obras efectivamente se realizaron y se llevaron a cabo y 3) del mismo rol del cargo, se denota una adecuada gestión en la parte contractual y pre contractual de tal forma que, conforme se indica en el Artículo 12 de la Ley 80 de 1990, la parte de la ejecución del contrato es ajena a su fuero de supervisión, hecho que rompe el esquema de su participación conductual.

C. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE.

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

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

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del

actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente

responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁸ (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.

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 mandado 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,

⁸ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

*T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).*⁹ (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 Código Civil el cual explica:

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

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

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

*“[I]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)¹⁰

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a la persona previamente identificada, 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.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al Despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, por cuanto se encuentran totalmente demostradas una serie de actuaciones en cabeza del investigado, tendientes a demostrar que la conducta desplegada por el mismo se ciñó a los criterios normativos que en su deber como Director General de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR le imponía. Lo anterior, para ordenar las contrataciones realizadas bajo el Tipo de Intervención “Reparaciones locativas salones comunales ” como necesidad en cada una de las localidades con priorización definida por la Secretaría del Hábitat en el marco del convenio 237 del 28 de mayo del 2015. Por lo mismo, dentro de los documentos precontractuales tenía la certificación del DADEP respecto de la calidad de uso público de las edificaciones intervenidas con las reparaciones, así como también el de conocer plenamente que tales construcciones aún no habían sido entregadas a la comunidad para su aprovechamiento, pues al no existir acuerdos o convenios formalizando tal hecho, permitía la intervención contratada.

⁹ 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

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Es más, partiendo de una sana crítica, el hecho de mejorar bienes al servicio de la comunidad, contrario de ser un juicio reprochable, es un factor de apremio, teniendo en cuenta que se cumplen con los fines del estado, hecho que se deduce del mismo objeto del contrato. Como un argumento suficiente, la debida diligencia se enmarca en la adecuada gestión realizada por el Dr. Ríos, en la medida que, en ejercicio de sus funciones, desarrolló contratos y actividades que estaban enmarcadas en un adecuado cometido.

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

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 al presunto responsable 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 culposos, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa al señor JOSÉ ANDRÉS RIOS VEGA. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposos o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento. De suerte que no concurren los elementos *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados, por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir fallo con responsabilidad fiscal en este proceso, no quedando otro camino que absolverlos.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza

de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

En ese contexto, la vinculación del garante se encuentra circunscrita al riesgo amparado, pues de lo contrario, la norma ya mencionada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no cubiertos por ellas. Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

De este modo, en aquel documento se estableció que antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de seguros correspondiente. Por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza. El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

“(...) 2. Cuando se vinculan...-las aseguradoras- se deben observar las siguientes situaciones:

*a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado**: Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto contratado, no hay lugar*

a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.

b) **Establecer las condiciones particulares pactadas en el contrato de seguro, tales como vigencia de la póliza, valor asegurado, nombre de los afianzados, existencia de un deducible**, etc., eso para conocer el alcance de la garantía, toda vez que de estas condiciones se desprenderá la viabilidad de la vinculación de la Compañía aseguradora al proceso.

c) **Examinar el fenómeno de la prescripción**, que si bien es cierto, por vía del art. 1081 del Código de Comercio, es de dos años la ordinaria y de cinco la extraordinaria (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

- **Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.**
- *Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.*
- *De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación como garante de una compañía aseguradora se da, ya sea porque el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso se encuentra amparado por una póliza.*

(...)

- *Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubierto por las pólizas de seguros que potencialmente se afectarán y a partir de allí analizar las condiciones generales y particulares del contrato*

de seguros, la base o modalidad (ocurrencia, descubrimiento, reclamación o "claims made", etc.) de la cobertura del seguro que se pretende afectar y las demás condiciones del contrato, con miras a determinar tempranamente y con absoluta claridad cuál es la póliza llamada a responder (en virtud a la vigencia, el ramo de seguros, etc.).

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

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

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

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

(...)

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil

dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.¹¹ (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de las pólizas invocadas para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable. Precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario público. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la póliza de seguro No. 93087994000000033 limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de la misma. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

Es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de 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)¹¹

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.

(...)

¹¹ 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

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

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

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

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 del presunto responsable, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública.

De esta manera al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor JOSÉ ANDRÉS RÍOS VEGA, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033. Lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que absolver integralmente a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. PRF 170100-0204-18.

B. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DEL SEGURO DOCUMENTADO EN LA PÓLIZA No. 93087994000000033.

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, resulta fundamental que se 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. Tal como quedó establecido en el Sistema de Cobertura de las Cláusulas y Condiciones Particulares Básicas Obligatorias de la póliza, la cual se pactó en los siguientes términos:

“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.

(...)

Se considera siniestro a partir de la notificación del auto de apertura de la investigación preliminar.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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, consume 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”¹² (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De lo anterior, es claro que la jurisprudencia ha precisado que para que sea jurídicamente posible la afectación de la misma, resulta indispensable que el riesgo asegurado, es decir la notificación del auto de investigación preliminar, haya acaecido dentro de los extremos temporales fijados en el contrato de seguro. En el mismo sentido, la Legislación Colombiana estableció en el artículo 1057 del Código de Comercio, desde qué momento se asumen los riesgos por parte de la Aseguradora, así:

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

De acuerdo con lo anterior, es pertinente concluir que siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado, no habría lugar a declaración de responsabilidad para el Asegurador en este caso, toda vez que quedó claro, que ésta sólo surge cuando el siniestro 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 siniestro cuando se notifique el auto de apertura de la investigación preliminar en vigencia de la póliza.

Dicho lo anterior, como quiera que el riesgo asegurado es el auto de apertura de la investigación preliminar en vigencia de la póliza, situación que no ocurre en el presente caso por cuanto el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF-170100-0204-18 fue notificado al investiga el 3 de septiembre de 2018. Mientras que por el otro lado se observa que la fecha de cobertura más cercana expresada en los anexos de la póliza que se adjuntan al pronunciamiento data desde el 9 de enero de 2016 hasta el 15 de marzo de 2016, periodo señalado en la emisión del Anexo No. 2 y periodo límite en el cual se debió notificar el detrimento patrimonial para que pueda extender la cobertura temporal al mismo. Es decir que la Póliza de Seguro No. 93087994000000033 vinculada al proceso fiscal no estaba vigente, sino que había fenecido más de dos años atrás.

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 pasó en el término de vigencia de la póliza, el cual no debió conocer el asegurado, de tal suerte que el hecho debió ser advertido por a Contraloría dentro del marco contractual establecido, esto es para la vigencia de la póliza que es del 14 de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015.

¹² Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472). Consejera Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Teniendo en cuenta que no tiene la cobertura temporal, ese Despacho debe sujetarse a los dispuesto por la Circular 005 de 2020 expedida por la misma Contraloría, que a la letra indica:

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.

En conclusión, al no notificarse el hecho imputable en el término de cobertura, no se puede dar aplicación al contrato de seguros. 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.

C. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA:

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”¹³

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Ahora, también hay que tener en cuenta el Concepto No. 19999055614-2 proferido por la Superintendencia Financiera¹⁴, que al respecto ha dicho:

“En relación con la exclusión:

Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

¹⁴ Concepto No. 1999055614-2, febrero 09 de 2000. Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria)

arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado.

*Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que sólo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, **adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aún siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones.**"*
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

En ese sentido, es menester señalar que la Póliza de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 93087994000000033 en sus Condiciones Generales señala una serie de exclusiones aplicables al contrato de seguro aquí tomado. Así las cosas, en la eventual y remota situación en que se halle fiscalmente responsable al investigado, esta responsabilidad no podrá ser trasladada a mi representada ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, pues las partes acordaron expresamente, dentro del marco de la libertad negocial y contractual, pactar como exclusión de responsabilidad la que se enuncia a continuación:

VENTAJAS, BENEFICIOS, RETRIBUCIONES, REMUNERACIONES, **PAGOS**, COMISIONES, CONTRIBUCIONES, DONACIONES O FAVORES **INDEBIDOS, IMPROCENTES O ILEGALES REALIZADOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS A CUALQUIER PERSONA NATURAL** O JURÍDICA, U OBTENIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS SIN QUE TUVIESEN LEGALMENTE DERECHO A ELLOS **O, EN CONTRA DE LO DISPUESTO EN LEYES, DECRETOS O EN LOS ESTATUTOS** O NORMAS INTERNAS DE LA ENTIDAD TOMADORA. (resaltado propio)

Luego, de lo descrito anteriormente, en el evento remoto de encontrar responsable al Dr. Ríos, 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.

Así visto y acudiendo nuevamente a la Circular 005 de 2020 de la Contraloría, en el análisis que debe realizar el Despacho se debe examinar la carencia de cobertura de dicho pago o mejora realizada con ocasión del mismo contrato 574 de 2015, por estar expresamente excluido, tal y como se acaba de observar.

E. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, COMPORTAN RIESGOS INASEGURABLES.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor. Resulta

fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación del presunto responsable sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la póliza de seguro por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aún ante esta remota circunstancia, el Despacho no tiene una alternativa diferente que absolver a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. PRF 170100-0204-18.

F. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Sin perjuicio de la totalidad de argumentos que se han venido esgrimiendo, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto Comercial establece que las acciones derivadas de los contratos de seguro prescriben en el término de dos años. Dicho precepto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

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

Adicionalmente, es de suma importancia tomar en consideración que el Consejo de Estado, máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido completamente claro al establecer que la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro,

esto es, la evidenciada en el artículo 1081 del Código de Comercio, puede ser alegada y debe ser reconocida, cuando se configure en los procesos por responsabilidad fiscal. En otras palabras, teniendo en cuenta que el garante en este tipo de procesos se vincula como tercero civilmente responsable, es completamente claro que puede alegar en su defensa la prescripción de las acciones derivadas de la relación aseguraticia, tal y como se explica en el siguiente pronunciamiento:

“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, debiéndose responder que sí, puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”¹⁵ (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.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de noviembre de 2011. CP Marco Antonio Velilla Moreno. Ref 250002324000200600428

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

...De suerte que la entidad de control tiene una caza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas” (Subrayado y negrilla fuera de texto original)¹⁶

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se debe tener en cuenta que, en el caso en concreto, no se ha realizado oportunamente la acción pertinente para derivar reclamación al contrato de seguro suscrito bajo la Póliza No. 93087994000000033 la cual se encuentra prescrita, desde todo punto de vista.

La acción del contrato de seguros está prescrita de plano, y debe ser declarada por el Despacho, dada la evidencia de la misma. Tal como lo define el acto de imputación, se cuestiona del Dr. José Andrés Ríos Vega no haber realizado un adecuado examen de los títulos de dominio de los salones comunales beneficiados en el Contrato 574 de 2015. Dicho contrato es la fuente del daño, el hecho reprochable y cuestionable por ese órgano de control, por lo cual **la fecha de inicio de la prescripción no es otra que el 25 de agosto de 2015.**

Cotejada dicha fecha con lo descrito en el artículo 1081 del Código de Comercio, ya reproducido, el 25 de agosto de 2017 prescribió la Acción ordinaria derivada del contrato de seguro, luego entonces a la fecha está más que prescrita y por esta razón la acción de vinculación estará llamada a no prosperar en favor de la Aseguradora Solidaria de Colombia Entidad Cooperativa.

Ahora bien, revisemos la Prescripción derivada de la exigibilidad de las obligaciones contenido en el artículo 2536 del Código Civil. Allí se indica que la exigibilidad de la obligación es de cinco (5) años. Luego si se tomara dicho término, para el ejercicio de la acción, la misma prescribió el 25 de agosto de 2020, luego para hoy está más que prescrita la acción extraordinaria de 5 años.

Así las cosas, luego de efectuado el análisis de rigor, tanto la obligación aplicable del contrato de seguros, como la derivada de la obligación y exigibilidad, amabas están prescritas a la fecha, partiendo de la base que han transcurrido dos (2) y cinco (5) años concomitantes sin que se haya hecho exigible o conocible el hecho que se deriva de la indemnización, es decir sin que la aseguradora haya conocido de la materialización del riesgo y en tanto ello se presente la vinculación de mi prohijada está más que prescrita.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Píaneta del 18 de marzo de 2010.

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

En el remoto e improbable evento en que el Despacho considere que la Póliza que hoy nos ocupa presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se encuentra asegurado el riesgo y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación indemnizatoria de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA. Exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada y sin perjuicio de que los amparos reclamados no son acumulables entre sí.

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

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

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

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹⁷ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada de la póliza de seguro por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón de los riesgos asumidos. De tal suerte, que en el improbable y remoto evento en que la Contraloría decidiera afectar la póliza, la suma asegurada en este caso resultaría ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA	LIMITE POR EVENTO
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 1,500,000,000.00	
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		1,500,000,000.00	

“COBERTURA RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS – VALOR ASEGURADO: \$1.500.000.000.”

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio de los argumentos expuestos y de que el Contrato de Seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas. En todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se profiera **FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** dentro del proceso identificado con el No. PRF 170100-0204-18 que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ, D.C., DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA SUBDIRECCIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se **ABSUELVA** a la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Seguro No. 93087994000000033, no presta cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el No. PRF 170100-0204-18 que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA DE BOGOTÁ, D.C., DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA SUBDIRECCIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

Subsidiariamente:

- C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite de los valores asegurados.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

Documentales:

1. Copia de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033.
2. Copia de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033 Anexo 01
3. Copia de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033 Anexo 02
4. Copia del condicionado general de la Póliza de Seguro No. 93087994000000033.
5. Certificado de Existencia y Representación Legal de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**
6. Certificado de representación Judicial Extrajudicial y Administrativo de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.**
7. **Circular 005 de 2020 expedida por la Contraloría General de la República**

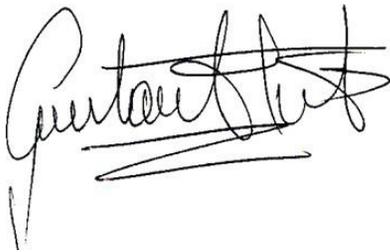
Los anteriores documentos se aportan en copia simple, siguiendo lo señalado por el artículo 246 del Código General del Proceso, disposición mediante la cual se les asigna a este tipo de copias el mismo valor probatorio que a los documentos aportados en original.

VI. NOTIFICACIONES

1. El suscrito y mi representada en la Carrera 11A No. 94A - 56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá, D.C., y en la dirección de correo electrónico notificaciones@gha.com.co

De la Señora Contralora,

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.