

Señores

CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.

**DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA –
SUBDIRECCIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.**

correspondenciaexterna@contraloriabogota.gov.co

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO: PRF-170100-0055-19
ENTIDAD AFECTADA: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS.
VINCULADOS: INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN Y OTROS
TERCEROS VINCULADOS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN.

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, obrando en mi calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, entidad con domicilio en Bogotá D.C., autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme al oder adjunto, de manera respetuosa procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA** del 1 de enero de 2019 y el **AUTO DE IMPUTACIÓN** No. 15 del 18 de junio de 2024, por medio del cual se vinculó como tercero civilmente responsable a mi representada, en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele y, consecuentemente, se proceda a resolver su desvinculación, conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

OPORTUNIDAD.

Considerando que se realizó la notificación personal del auto de imputación el 24 de junio de 2024, de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer, iniciando entonces la contabilización de dicho término el 25 de junio del 2024 y finalizando el mismo el 9 de julio de los corrientes. En virtud de ello, el presente escrito se presenta dentro del plazo establecido.

Página 1 de 29

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 el Convenio de Obra No. 121 de 2010, celebrado entre la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS - UDFJC y la UNIÓN TEMPORAL FÉNIX, que tuvo como objeto el *“la realización, los estudios, diseños y construcción de las obras para el proyecto del edificio B de la Sede La Macarena de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, así como la gestión ambiental y de licenciamiento, a que haya lugar, de conformidad con las obligaciones establecidas en el Contrato, el alcance del objeto del Contrato, el alcance del objeto del Contrato, el Apéndice Técnico, los Términos de Referencia de la Convocatoria Pública y la Propuesta presentada por el Contratista”*, un plazo de ejecución de 21 meses, y una inversión inicial correspondiente a la suma de \$12.441.630.000.

El citado contrato se declaró terminado y liquidado mediante laudo arbitral emitido por el tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá emitido el 28 de marzo de 2023, ello como quiera que no se logró el acuerdo directo entre las partes al no poderse completar los documentos atinentes al licenciamiento por distintas causas, como cambios en el POT distrital, la suspensión de este, la devolución de algunos documentos, entre otras.

En virtud de lo anterior, por medio del Auto No. 015 del 14 de junio de 2024 se dio apertura al presente proceso de responsabilidad fiscal, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de DOS MIL QUINIENTOS CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$2.504.774.947,00), imputando como responsables fiscales a las siguientes personas y entidades:

- INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN, identificado con Cédula de Ciudadanía Número 19.253.011, en su calidad de rector de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS durante el periodo 2010-2013.
- RAFAEL ENRIQUE ARANZALES GARCÍA, identificado con Cédula de Ciudadanía Número 8.720.359, en su calidad de Jefe de la División de Recursos Físicos de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS.
- OSCAR FERNANDO ROJAS ZUÑIGA, identificado con Cédula de Ciudadanía Número 19.289.663, en su calidad de Miembro de la Unión Temporal Fénix.
- DIEGO SUAREZ BETANCOURT, identificado con Cédula de Ciudadanía Número 17.158.620, en su calidad de Miembro de la Unión Temporal Fénix.
- UNIÓN TEMPORAL FÉNIX identificada con el NIT 900.392.770-9, representada legalmente por OSCAR FERNANDO ROJAS ZUÑIGA, en su calidad de contratista.

Con fundamento en los hechos antes aludidos, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, por contera, verificar si en ejercicio de la presunta gestión fiscal que les correspondía se causó 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:

Como se anticipó, la vinculación de mi prohijada se efectuó mediante el Auto No. 15 del 14 de junio de 2024, con fundamento en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, cuyo valor asegurado asciende a la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.800.000.000) y con vigencia entre el 19 de agosto de 2018 y el 19 de agosto de 2019, bajo la modalidad CLAIMS MADE.

A primera vista, es evidente que la CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. incurrió en un error al vincular a mi prohijada, considerando que la póliza cuya afectación se pretende no presta cobertura temporal y, además por cuanto se configuró la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, como se explicará más adelante.

Adicionalmente, es necesario considerar que la póliza tampoco presta cobertura material en el caso concreto, por no cumplirse las condiciones generales y particulares pactadas en el contrato de seguro, de manera que, al no existir fundamentos fácticos y jurídicos para mantener la vinculación de mi representada al presente proceso, comedida y respetuosamente solicito desde ya su desvinculación, no sin antes hacer una referencia a los elementos de la responsabilidad fiscal y, concretamente, la manera en que estos no se configuraron en el caso de marras.

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría de Bogotá deberá 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 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 Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

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

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.” (...) (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. 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 de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, expedida por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, limitándose exclusivamente a enunciar su existencia. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, así:

A. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGUROS.

Para fundamentar la prescripción, es preciso manifestar nuevamente a este despacho que contaba con dos (2) años siguientes al conocimiento del hecho que dio lugar a la acción fiscal para que se realizara la declaratoria del siniestro, no obstante, pese a que tuvo conocimiento de los hechos el día 1 de agosto de 2018, cuando se dio traslado del hallazgo fiscal mediante el oficio con radicado 3-2018-19943, solo hasta el 18 de junio de 2024 se profirió el auto de vinculación, el cual fue notificado a mi representada el día 24 de junio de 2024, transcurriendo entre los dos extremos temporales más de dos años, operando en tal sentido la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, que para el caso en concreto se materializó con la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096.

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

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

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

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

Es decir que esta prescripción del artículo 121 de la Ley 1474 no se puede extender a escenarios exteriores al del proceso fiscal, mientras que la del 1081 del Código de Comercio nace, transcurre y depende de la existencia del contrato de seguro como negocio jurídico que preexiste al inicio del trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal, por eso es una prescripción sustancial, porque es inherente a una relación entre dos contrayentes y debería aplicarse en los Procesos de Responsabilidad Fiscal de forma preferente.

Para reforzar esta tesis de que a la aseguradora dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal se le debe aplicar la prescripción del régimen del art. 1081 del C.Co. es preciso analizar que la calidad de la aseguradora en el presente proceso es de garante, no es gestora fiscal, (no administra el recurso público) no es responsable fiscal presunta (no le imputan, ni la sindicán) y tampoco responsable solidaria del hecho generador del detrimento patrimonial (la fuente de la obligación suya es el contrato, no el hecho generador de detrimento ni la conducta del hallazgo fiscal).

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

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

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

“...tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada

únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal...

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

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

...De suerte que la entidad de control tiene una 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.

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

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en el caso concreto, los hechos que dieron lugar al proceso de responsabilidad fiscal fueron conocidos por la contraloría en el mes de agosto de 2018 mediante el traslado del hallazgo fiscal, pero el auto de vinculación al proceso como tercero

civilmente responsable solo fue proferido hasta el 18 de junio de 2024, notificado el 24 de junio de 2024. Esto es, más de dos años después de tener conocimiento de los hechos, incluso dos años después de proferir el auto de apertura del presente proceso. Siendo aplicable el término de prescripción ordinaria, pues al momento de vincular a LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, y, por tanto, dar aviso del siniestro poniendo en conocimiento el auto de apertura han transcurrido más de dos años, operando la prescripción ordinaria.

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

B. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE CUMPLIERON LAS CONDICIONES DE COBERTURA EN EL PRESENTE CASO.

Sin perjuicio de los argumentos esbozados que enervan la responsabilidad fiscal endilgada, es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora, en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato 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 prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo 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)¹

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

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

[...]

5.3. Según lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Corte, **tratándose específicamente de un contrato de seguro, la buena fe que se espera de las partes es cualificada.** Es decir, que la persona no solo debe tener conciencia de celebrar y ejecutar el contrato de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y la finalidad que persiguen los firmantes. Sino que, además, debe tener certeza de que efectivamente lo está haciendo. De esta manera, la buena fe aplicable a este tipo 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 partes intervinientes en el contrato de seguro vinculado al presente proceso fiscal pactaron las condiciones de cobertura, conviniendo que el objeto del seguro se restringe a amparar los detrimentos patrimoniales sufridos por el estado como consecuencia de actos incorrectos cometidos por los funcionarios asegurados, así:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

1 - AMPAROS

1.1. DETRIMENTOS PATRIMONIALES SUFRIDOS POR EL ESTADO O POR TERCEROS, SIEMPRE QUE SEAN CONSECUENCIA DE LOS ACTOS INCORRECTOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS DECLARADOS CIVIL O ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLES POR HABER COMETIDO ACTOS INCORRECTOS, EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE LOS CARGOS RELACIONADOS EN LA CARÁTULA DE ÉSTA PÓLIZA.

LA COBERTURA OTORGADA BAJO EL PRESENTE NUMERAL SE HACE EXTENSIVA TANTO A LOS PERJUICIOS POR LOS QUE LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS FUEREN RESPONSABLES POR HABER COMETIDO ALGÚN ACTO INCORRECTO RESPECTO DEL CUAL SE LES SIGA O DEBIERA SEGUIR, BIEN JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000, O BIEN, ACCION DE REPETICION O DE LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION POR CULPA GRAVE, AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 678 DE 2001.

En cuanto a los funcionarios asegurados, la carátula de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, establece lo siguiente:

CARGOS ASEGURADOS 42 : 9 MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO, 1 RECTOR, 6 ASESORES, 2 VICERECTORES, 1 SECRETARIO GENERAL, 5 DECANOS DE FACULTAD, 2 JEFES DE OFICINA, 3 JEFES DE DIVISIÓN, 4 DIRECTORES CENTRO, 9 JEFES DE SECCIÓN

Es decir, el único de los cargos implicados en el proceso de responsabilidad fiscal que se encuentra amparado por la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096 es el de rector, que para el caso concreto ostentaba el señor INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN, siendo inexigible cualquier obligación indemnizatoria a mi prohijada por actos de los otros presuntos responsables fiscales.

De las condiciones citadas, también llama la atención que la cobertura está condicionada a actos que se tipifiquen como “incorrectos”, por lo que al no haberse acreditado hasta el momento algún actuar incorrecto o gravemente culpable por parte del señor INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN por cuanto entre el 2010 y el 2013 se realizaron sendas actuaciones tendientes a llevar el contrato a término, conminando al contratista incluso mediante un proceso de incumplimiento contractual en 2012 a efectos de que se cumpliera con el objeto contractual y la necesidad de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS fuera satisfecha.

Pues bien, a partir de este razonamiento, encontramos que no se cumplió con la condición del contrato de seguros, por cuanto no se ha acreditado que se haya actuado de forma culpable por el único implicado cuyo cargo se encuentra cubierto por la póliza, esto es, el señor INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del presente proceso de responsabilidad fiscal.

C. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 930-87-994000000096.

En auto de imputación el juzgador realizó un análisis superfluo de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-9940000000096 de modo que no advirtió el a quo que el mencionado negocio asegurativo no presta cobertura temporal y, por ende, no es afectable, como quiera que el mismo fue pactado bajo la modalidad CLAIMS MADE.

En primer lugar, debe mencionarse que si bien la Contraloría no advirtió cuál es la fecha del hecho generador del presunto daño fiscal, si indicó que el mismo se relacionaba con el último suceso que aconteció en relación al contrato, esto es, la decisión proferida por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. en donde se declara la terminación y liquidación del contrato No. 121 de 2010 y, pese a que dicha información no se encuentra contenida en análisis de caducidad, prescripción o cobertura de la póliza en el auto de imputación, se pudo establecer que dicha providencia se encuentra fechada al 28 de marzo del 2023, como consta a continuación:

LAUDO ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FÉNIX
VS
UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
Nº 130933
28 DE MARZO DE 2023

Ahora, en relación con la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-9940000000096, encontramos que la misma cuenta con una vigencia que abarca desde el 19 de agosto de 2018 hasta el 19 de agosto de 2019 con retroactividad y, adicionalmente la misma fue pactada en la modalidad CLAIMS MADE, como consta a continuación:

6. CLÁUSULAS Y CONDICIONES PARTICULARES BÁSICAS OBLIGATORIAS
o SISTEMA DE COBERTURA.-
CLAIMS MADE CON RETROACTIVIDAD.

Ahora, como quiera que desatendiendo las directrices de la Circular 005 del 16 de marzo de 2020, la Contraloría no advierte que la modalidad bajo la cual se pactó la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-9940000000096 fue CLAIMS MADE, es

menester resaltar que esta modalidad se encuentra definida en el de la Ley 389 de 1997, según el cual:

“Artículo 4. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación (...)”

De conformidad con la norma antes transcrita, los seguros de responsabilidad pactados bajo tal modalidad prestan cobertura siempre y cuando concurren dos circunstancias concretas, a saber: (i) que los hechos alegados en la demanda hayan ocurrido durante la vigencia o durante del período de retroactividad otorgado en la póliza y, (ii) que los hechos sean reclamados durante la vigencia de la póliza; Sin la verificación de éstas dos condiciones, en virtud de la Ley no es procedente efectuar una afectación al negocio asegurativo pactado bajo la mencionada modalidad.

Ahora, descendiendo al caso concreto, encontramos que según la misma Contraloría, los hechos objeto de investigación fiscal se concretaron con la terminación y liquidación del contrato de obra 121 de 2010 el 28 de marzo de 2023, es decir, por fuera del término de vigencia del negocio asegurativo el cual, se itera comprendía desde el 19 de agosto de 2018 hasta el 19 de agosto de 2019; Adicionalmente, tampoco se realizó reclamación alguna a la aseguradora durante el término de vigencia de la póliza, pues solamente hasta el 14 de junio de 2024 se profirió auto de apertura en el proceso de responsabilidad fiscal que ahora nos convoca, es decir, la reclamación también se hizo por fuera del término de vigencia del negocio asegurativo lo que de suyo descarta la cobertura temporal y por tanto la afectabilidad de la Póliza, situación que se itera, no fue objeto del análisis del auto de imputación.

Así entonces, al no haber tenido lugar el presunto hecho dañoso ni haberse realizado el reclamo durante la vigencia de la póliza, esta no ofrece cobertura temporal para los hechos objeto de la investigación fiscal, siendo necesaria la desvinculación inmediata de mi representada.

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

Como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, comoquiera que no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el 5 de la Ley 610 de 2000, en cabeza de los presuntos responsables. En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa de los funcionarios imputados.

De tal forma, considerando que el amparo básico de la póliza son los “ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOSA”, siendo este el riesgo asegurado, debe anunciarse que el mismo no se configuró y, por lo tanto, tampoco la obligación condicional del asegurador, en la medida que no existen pruebas que acrediten fehacientemente la comisión de un delito contra la administración pública y, mucho menos, una conducta dolosa o gravemente culposa de los presuntos responsables que dé lugar a declaratoria de responsabilidad fiscal, por el contrario, lo cierto es que estos funcionarios actuaron diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, se debe concluir que tampoco puede exigirse pago alguno a mi procurada en el marco de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-99400000096, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA del presente proceso de responsabilidad fiscal.

E. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 930-87-99400000096.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables, fue doloso o gravemente culposo, y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado y, por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que se enmarcan dentro de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, en concreto, la siguiente

2.8 ACTUACIONES DE FUNCIONARIOS DESVINCULADOS DE LA ENTIDAD TOMADORA ANTES DE LA INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA PRIMERA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS CONTRATADA POR ESTA CON LA COMPAÑÍA PARTIR DE LA CUAL NO HUBIESE MEDIADO SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD.

En virtud de lo indicado, en caso de determinarse la existencia del algún daño generado por una conducta dolosa o gravemente culposa del señor INOCENCIO BAHAMON, o que se haya causado por acciones u omisiones al margen de las funciones de su cargo, no tendrán cobertura por estar expresamente excluidas en la póliza de seguro, en la medida que el mencionado solo se desempeñó como rector entre los años 2010 a 2013 y la primera póliza de responsabilidad civil de servidores públicos contratada por la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS con mi prohijada data del 2018.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA.

F. 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 se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional 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.

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 a 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”² (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

corresponda debido a la porción de riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

DESCRIPCION	AMPAROS	SUMA ASEGURADA
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		\$ 2,800,000,000.00
ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS		2,800,000,000.00

Además de lo anterior, debe tenerse también en cuenta el sublímite existente por cargo, particularmente en tratándose del “rector” el negocio asegurativo establece el siguiente sublímite:

CARGOS ASEGURADOS 42 : 9 MIEMBROS DEL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO, 1 RECTOR, 6 ASESORES, 2 VICERECTORES, 1 SECRETARIO GENERAL, 5 DECANOS DE FACULTAD, 2 JEFES DE OFICINA, 3 JEFES DE DIVISIÓN, 4 DIRECTORES CENTRO, 9 JEFES DE SECCIÓN
5.1. SUBLÍMITES APLICABLES ETAPAS DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, PERSONA POR PROCESO

CARGOS SUBLÍMITE PERSONA POR PROCESO INVESTIGACIÓN PRELIMINAR
42 CARGOS ASEGURADOS PERSONA \$12.500.000/ EVENTO \$52.500.000/AGREGADO ANUAL \$102.500.000
5.2. SUBLÍMITES APLICABLES ETAPAS DESDE VINCULACIÓN PROCESAL HASTA FALLO QUE HAGA TRANSITO A COSA JUZGADA.

SE INCLUYEN TODAS LAS ETAPAS RELATIVAS A CADA PROCESO DESDE LA VINCULACIÓN DEL PROCESADO (FISCAL Y DISCIPLINARIO), HASTA QUE SE PRODUZCA UN FALLO (SENTENCIA, RESOLUCIÓN O AUTO) DEFINITIVO Y CON TRANSITO A COSA JUZGADA (1ª. Y 2ª. INSTANCIA)

CARGOS SUBLÍMITE PERSONA POR PROCESO
42 CARGOS ASEGURADOS RECTOR \$42.500.000, DEMÁS CARGOS \$22.500.000
5.4 OTROS COSTOS PROCESALES, INCLUYENDO CAUCIONES JUDICIALES Y AGENCIAS EN DERECHO
SE AMPARAN OTROS COSTOS PROCESALES SEGÚN LA DEFINICIÓN JURÍDICA, INCLUIDAS CAUCIONES JUDICIALES Y AGENCIAS EN DERECHO, DIFERENTES A HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS, EN QUE DEBAN INCURRIR LOS ASEGURADOS DENTRO DE LOS RESPECTIVOS PROCESOS.
SUBLÍMITE APLICABLE: \$17.500.000 EVENTO / \$32.500.000 AGREGADO ANUAL

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

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

• FRENTE A LOS ELEMENTOS DE LA 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.** (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente No. 2108483, C.P. Doctor Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales, en el caso bajo estudio, no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. PRF-170100-0055-19.

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

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

“6.4. Pero no sólo eso. El Legislador también está limitado por la manera como la Carta ha determinado la naturaleza de la responsabilidad patrimonial de los agentes estatales en otros supuestos. Eso es así, si se repara en el hecho de que la ley no puede concebir un sistema de responsabilidad, como lo es el fiscal, rompiendo la relación de equilibrio que debe existir con aquellos regímenes de responsabilidad cuyos elementos axiológicos han sido señalados y descritos por el constituyente, para el caso, en el inciso

2° del artículo 90 de la Carta. Ello, en el entendido que, según lo dijo la Corte en la citada Sentencia SU-620 de 1996 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la responsabilidad fiscal es tan sólo una "especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público."

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

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato**

que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

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

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

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

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

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

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

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas

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

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

más descuidadas. Ahora, en lo que respecta al dolo, nuevamente se debe abordar el ya analizado artículo 63 del C.C., el cual explica:

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

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

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

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

En otras palabras, para endilgar responsabilidad fiscal 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 no acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables. 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 de los investigados, tendientes al cumplimiento de sus deberes legales y contractuales, sin embargo, también se evidencia que de conformidad con algunas situaciones completamente ajenas a los presuntos responsables fiscales, relacionadas con demoras en los trámites urbanísticos y afectaciones a la vigencia del POT no se pudieron reunir los documentos requeridos para dar inicio a la obra.

En este sentido, es importante resaltar que en ningún momento se omitieron deberes de control y vigilancia por parte de los funcionarios implicados, todo lo contrario, las personas a cargo del contrato estuvieron pendientes de la presentación de los documentos pertinentes ante el FOPAE, así como de la realización de varias solicitudes de Licencias de Construcción, al punto de realizar comités de seguimiento en reiteradas oportunidades para verificar la ejecución de las obras y la inversión del aporte de la entidad pública.

A efectos de evidenciar la diligencia por parte de los implicados, es necesario señalar las diferentes oportunidades en las cuales se intentó realizar el trámite pertinente a efectos de

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

obtener la expedición de la Licencia de Construcción requerida para la ejecución del Contrato de Obra No. 121 de 2010, sin que finalmente ello fuera posible por situaciones completamente fuera del control de los imputados fiscales.

En primer lugar, es menester mencionar que mediante boleta de radicación No. 11-3-1553 del 17 de junio de 2011⁶, el Contratista radicó la primera solicitud para obtener la licencia de construcción ante la Curaduría No. 3, la cual es devuelta el 12 de julio de 2011⁷ con la observación de que con ocasión a la ubicación del predio se debía presentar un concepto favorable del FOPAE para la construcción del proyecto.

Así las cosas, se procedió por parte de la Curaduría No. 3 al archivo de la solicitud de la licencia mediante auto 11-3-0284⁸, mientras tanto, se tramitaban y aprobaban los diseños en Comités realizados por las partes del contrato según consta en Acta No. 1 de recibo y aprobación que se encuentra firmada por el contratista, interventor y el rector⁹, esto con miras a garantizar el cumplimiento oportuno de los alcances del contrato.

Con posterioridad y en cumplimiento de la observación de la Curaduría, el contratista radicó ante el FOPAE el oficio CUTF D-055 del 5 de diciembre de 2011¹⁰ que contenía el estudio de amenaza y riesgo por remoción en masa, previamente aprobado mediante Acta No. 1 por los extremos contratantes y la interventoría; una vez realizada la anterior radicación, se procedió a solicitar nuevamente la licencia de construcción como consta en boleta de radicación No. 11-3-3892¹¹.

Frente a tal solicitud, la Curaduría Urbana No. 3 mediante oficio No. 12-3-0979 del 9 de marzo de 2012 señaló que aún no se contaba con la aprobación del estudio fase II para riesgo de remoción en masa que debía ser expedido por el FOPAE, sin embargo, en este punto es importante señalar que tal como se mencionó en apartados anteriores, este ya se había solicitado de forma oportuna al FOPAE, entidad que solo hasta el 25 de abril de 2012 respondió mediante oficio RO-54259 realizando la devolución de la solicitud.

Ante lo anterior, los extremos contratantes no tuvieron otra opción más que desistir de la solicitud de licencia como consta en oficio del 30 de abril de 2012¹² y, adicionalmente tomaron la medida de suspender el contrato mediante Acta de suspensión No. 2 del 23 de octubre de 2012, condicionando su reinicio a que el FOPAE aprobara el estudio de remoción en masa y posteriormente, con base en dicho documento, la Curaduría expidiera la correspondiente licencia de construcción.

⁶ Ver folio 12 – CD No. 1.

⁷ Ver folio 454 – CD No. 4.

⁸ Ver folio 454 – CD No. 4.

⁹ Ver folio 454 – CD No. 4.

¹⁰ Ver folio 454 – CD No. 4.

¹¹ Ver folio 454 – CD No. 4.

¹² Ver folio 12- CD No. 1.

Es decir, hasta ese momento las partes contratantes no habían podido avanzar por un factor externo a ellas relacionado con la aprobación de los estudios de remoción en masa por parte del FOPAE, no obstante, se tomaron sendas medidas como la suspensión del contrato, su prórroga e incluso su adición, decisiones que se adoptaban con fundamento en las actas de seguimiento al contrato de obra¹³, pues como se ha mencionado siempre hubo de una parte, una supervisión diligente al acto negocial y sus avances, y de otra, siempre se mostró una completa disposición a realizar los trámites urbanísticos necesarios para obtener las licencias necesarias.

Aunado a lo anterior, es menester señalar que de forma diligente y en virtud de las obligaciones legales que le concernían al contratante, este, representado por el rector de la época, esto es el ahora investigado INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN, inició un proceso sancionatorio de incumplimiento el cual terminó con la expedición de la Resolución No. 679 del 6 de noviembre de 2012 mediante la cual se revocó la multa impuesta al contratista.

Las actividades hasta ahora referidas, demuestran la diligencia por parte de la rectoría de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS al realizar una vigilancia y acompañamiento constante al convenio, no solo por los reiterados comités de seguimiento que se realizaban por lo menos, una vez al mes, dentro de los cuales se discutían alternativas para procurar el cumplimiento contractual, sino por los requerimientos realizados al contratista para que reportara el cumplimiento de sus obligaciones, situación que evidencia la ausencia de descuido y de voluntad de afectar el patrimonio público.

Para el 11 de septiembre de 2013, según consta en oficio No. CUTF-114 del 16 de septiembre de dicho año, se suscribe acta de reinicio del Contrato No. 121 de 2013 y, el 8 de octubre de 2013 la oficina jurídica de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS conceptúa respecto de la expedición del nuevo POT distrital, contenido en el Decreto 364 de 2013, expedido durante la suspensión del Contrato de Obra, al respecto tal dependencia informa que ya no es necesario contar con la aprobación de los estudios de remoción de masa del FOPAE y que los ajustes del proyecto para que se encuentre conforme al nuevo POT se deberían realizar una vez obtenida la licencia de construcción.

En este punto es importante mencionar que dado el cambio de la norma urbanística las partes se veían enfrentadas a una parálisis de la ejecución contractual, pues, las características de los diseños ejecutados hasta ese momento no se ajustaban del todo a las novedades introducidas por el Decreto 354 de 2013, y en consecuencia bajo ese escenario, no resultaba factible la obtención de la licencia de construcción que requería el proyecto. En este contexto se logró probar en el expediente que la negociación y suscripción del Otrosí No. 3 se justificó en la necesidad de conjurar dicho riesgo, adaptando las estipulaciones contractuales a los cambios de la norma urbanística expedida mientras transcurría el plazo contractual, ello con el fin de

¹³ Ver por ejemplo folio 454 – CD No. 4.

garantizar el cumplimiento del objeto inicialmente previsto en el Contrato 121 de 2010 y en los términos de referencia de la Convocatoria pública 017 de 2010.

Con ocasión de lo anterior y bajo el imperio del Otrospi No. 3, el contratista nuevamente elevó solicitud de expedición de licencia de construcción ajustado al nuevo POT bajo el radicado 14-5-0094 ante la Curaduría No. 5, situación que fue informada al contratante según acta de reunión de fecha 7 de febrero de 2014¹⁴; Esta solicitud fue tramitada por la mencionada curaduría, sin embargo, dicho ente mediante auto de trámite No. 0017 suspendió el término para resolver de fondo las solicitudes de licencias que tenían a su cargo hasta que haya una decisión definitiva en el trámite de nulidad que se surtía en contra el Decreto 364 de 2013 y en virtud del cual el mismo fue suspendido¹⁵.

Lo anterior constituyó un evento sobreviniente que no fue previsible o resistible por parte de los extremos del contrato, puesto que la suspensión por orden judicial del Decreto 364 de 2013 contentivo del POT y la consecuente interrupción del trámite de licenciamiento que el mismo supuso no era una cuestión susceptible de ser planeada o prevista en estadios precontractuales.

Así entonces, como se anticipó con anterioridad, los trámites de licenciamiento urbanístico no se pudieron llevar a término con ocasión de circunstancias ajenas a los extremos del contrato de obra, pues lo cierto es que en el expediente se encuentra acreditado que éstos en diversas oportunidades radicaron las solicitudes, las subsanaron y, les dieron el seguimiento pertinente. En ese sentido, se evidencia que las gestiones de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS y la UNIÓN TEMPORAL FENIX siempre estuvieron dirigidas a que se cumpliera con el cometido estatal, a tal punto de convocar en reiteradas oportunidades a comités de seguimiento y verificación, a efectos de constatar el avance del objeto, así que adaptando medidas contractuales mediante otrosíes se procuró siempre la mitigación de un riesgo absolutamente imprevisible como lo fue una decisión judicial intempestiva que suspendió todos los trámites de licenciamiento. En la misma forma, ante las demoras presentadas durante la ejecución del convenio, la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS tomó las medidas necesarias para su saneamiento, requiriendo al contratista e iniciando los trámites sancionatorios necesarios, lo que una vez más demuestra que siempre se procuró por el cumplimiento contractual y la protección del erario.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de los funcionarios de la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS 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

¹⁴ Ver folio 454 – CD No. 4.

¹⁵ Al respecto ver Auto 624 de 2014 Consejo de Estado.

del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

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

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

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

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

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

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

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

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

Frente a lo anterior, ha de decirse desde ahora que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden, resulta claro 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 culposo, 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 a los presuntos responsables fiscales. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

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

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR CONFIGURARSE LA FUERZA MAYOR COMO CAUSAL EXIMIENTE.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre acreditado el nexo de causalidad entre los otros dos elementos que constituyen la responsabilidad, esto es, el hecho gravemente culposo o doloso y el daño fiscal; Sin embargo, la declaratoria de responsabilidad es de plano improcedente cuando se configura una causal eximente de responsabilidad, al respecto la jurisprudencia ha explicado:

“[...] Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad —**fuertza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima—**— **constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar**, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado¹⁶ [...]”.

En ese mismo sentido, el artículo 16 de la Ley 610 establece:

ARTÍCULO 16. CESACIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, expediente nro. 66001-23-31- 000-1998-00409-01(19067).

la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, **o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal** o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Particularmente la fuerza mayor en tanto causal eximente de responsabilidad, ha sido definida por el artículo 64 del Código Civil como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, etc. Desde este punto de vista, los elementos de la fuerza mayor son la imprevisibilidad y la irresistibilidad, condiciones que según la jurisprudencia deben estudiarse de cara a cada caso concreto, esto es, ponderando las condiciones de modo, tiempo y lugar que rodearon el asunto particular.

En este punto debe resaltarse que el reproche de fondo que realiza el ente fiscal consiste en la no ejecución del contrato de obra, lo que de suyo no fue posible con ocasión de el no agotamiento de los trámites de licenciamiento urbanístico, sin embargo, no tuvo en cuenta la Contraloría que como quedó anotado en apartados anteriores, los extremos del contrato intentaron en no pocas ocasiones agotar los trámites de licenciamiento sin que ello fuera posible como quiera que para el momento en el cual se declaró la terminación y liquidación del contrato mediante laudo arbitral, los términos en materia de licencias urbanísticas se encontraban suspendidos en virtud de una determinación judicial que se mantuvo hasta el año 17 de mayo del 2019 cuando se declaró la nulidad del Decreto 364 de 2013, situación que no estaba dentro del control de ninguno de los extremos contratantes, constituyéndose así en el caso concreto la fuerza mayor en tanto eximente de responsabilidad.

Así entonces, resulta claro que la expedición de un fallo que suspende el Plan de Ordenamiento Territorial de la capital del país no es algo normal o frecuente y que, por ende, la probabilidad de que esto ocurra no es alta, siendo un hecho inopinado, excepcional y sorpresivo que no pudo ser previsto o resistido por parte de los extremos del Contrato de Obra No. 121 de 2010.

Así las cosas, la responsabilidad en el caso concreto no pudo constituirse al encontrarse configurada la fuerza mayor, siendo procedente dar aplicación al artículo 16 de la Ley 610 de 2000 y, en ese sentido declarar la cesación de la acción fiscal por haberse configurado una causal eximente de la responsabilidad fiscal.

III. PETICIONES.

A. Comedidamente, solicito se **PROFIERA FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** en contra de INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN, RAFAEL ENRIQUE ARANZALES GARCÍA, OSCAR FERNANDO ROJAS ZUÑIGA, DIEGO SUAREZ BETANCOURT y la UNIÓN TEMPORAL FÉNIX, y consecuentemente se ORDENE EL ARCHIVO dentro del proceso identificado con el expediente No. PRF-170100-0055-19, que cursa actualmente en la CONTRALORÍA GENERAL DE BOGOTÁ D.C., 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 de los presuntos responsables y, adicionalmente se configuró la fuerza mayor en cuanto a eximente de responsabilidad fiscal.

- B.** Comedidamente, solicito se **ABSUELVA** de toda responsabilidad como tercero civilmente responsable a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, el negocio asegurativo no presta cobertura temporal y, efectivamente, no se ha configurado el riesgo asegurado conforme con los hechos objeto de investigación.

Subsidiariamente:

- C.** Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado y el monto del deducible establecido en las caratulas de la póliza.

IV. MEDIOS DE PRUEBA.

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 930-87-994000000096, con sus condiciones generales y particulares.

V. ANEXOS

1. Certificado de existencia y representación legal de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
2. Poder especial otorgado al suscrito, en concordancia con la Ley 2213 de 2022.

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito recibe notificaciones en la Carrera 11 A No.94 A – 56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá o en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co.

Del Señor Contralor, Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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