

Señores

CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.

DIRECCIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA –

SUBDIRECCIÓN DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

correspondenciaexterna@contraloriabogota.gov.co

EXPEDIENTE: PRF-170100-0055-19

ENTIDAD AFECTADA: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

VINCULADOS: INOCENCIO BAHAMÓN CALDERÓN Y OTROS

TERCEROS VINCULADOS: ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No.31 DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2024.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN EN CONTRA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No.31 DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2024.**, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a mi poderdante, en virtud de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Considerando que se realizó la notificación personal del acto administrativo que determinó responsabilidad fiscal el 17 de septiembre de 2024, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, y conforme a lo dispuesto en el artículo 110 de la misma Ley, frente al fallo con responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo. En virtud de lo anterior, el presente escrito se presenta dentro del plazo establecido.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 170100-0055-19

Según la Contraloría, mediante radicado No. 3-2018-19943 del 1 de agosto de 2018, la Dirección de Educación de dicha entidad realizó el traslado del hallazgo fiscal No. 140200-011-18 a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en cumplimiento de la Auditoría de Regularidad No. 23 del Plan de Auditoría de 2018, que se llevó a cabo en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas - UDFJC, debido a presuntas fallas en el Contrato de Obra No. 121 de 2010 celebrado con la Unión Temporal Fénix.

Según la Contraloría, el Contrato No. 121 de 2010, suscrito entre la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y la Unión Temporal Fénix, no cumplió el objetivo para el cual fue originado y no se logró un aprovechamiento adecuado de los recursos invertidos en el mismo. Hasta la fecha, la sede de La Macarena de la Universidad Distrital no cuenta con el Edificio B, en donde se realizarían labores académicas e investigativas, el cual había sido contratado para ser diseñado y construido por la Unión Temporal Fénix.

De acuerdo con esta información, y considerando que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas efectuó un pago dentro de los supuestos de la etapa de preconstrucción por un valor de dos mil quinientos cuatro millones setecientos setenta y dos mil novecientos cuarenta y siete pesos moneda corriente (\$2.504.772.947,00), y que supuestamente no se cumplió con el objeto contractual ni con la finalidad para la cual fue suscrito, la Contraloría configuró la existencia de un detrimento patrimonial por dicha suma.

El 10 de septiembre de 2019, la Contraloría emitió un fallo con responsabilidad fiscal en el Proceso No. 170100-0055-19, relacionado con el manejo de recursos en la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, por un monto de cuatro mil cuatrocientos trece millones ochocientos cuarenta y tres mil trescientos cuarenta y tres pesos con trece centavos (\$ 4.413.844.343,13). Este fallo fue en contra de los señores Inocencio Bahamón Calderón, Rafael Enrique Aranzalez García, Óscar Fernando Rojas Zúñiga, Diego Suárez Betancourt, y la Unión Temporal Fénix, representada legalmente por Óscar Fernando Rojas Zúñiga, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de dicho acto administrativo.

Además, se llamó a responder a la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A., en su calidad de tercero civilmente responsable, por la suma de mil trescientos nueve millones cuatrocientos treinta y seis mil doscientos pesos moneda corriente (\$ 1.309.436.200), con ocasión de la constitución de la póliza No. 21-44-101076572, expedida el 13 de septiembre de 2013, cuyo tomador es Óscar Fernando Rojas Zúñiga, y en la que también están involucrados D C Proyectos LTDA., Mauricio Díaz Cifuentes, Diego Suárez Betancourt, la Unión Temporal Fénix, y la asegurada Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

Asimismo, se incluyó en el fallo a mi representada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, también en su calidad de tercero civilmente responsable, por la suma de **DOS MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE** (\$ 2.800.000.000), relacionada con la constitución de la póliza No. 930-87-99400000096, expedida el 17 de agosto de 2018, con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas como tomador y asegurado

Dicho lo anterior, procedo a exponer y evidenciar las falencias presentes en el fallo con responsabilidad fiscal emitido contra mi representada. Estas razones fundamentan la necesidad de revocar el fallo proferido por la colegiatura.

III. REPAROS CONCRETOS FRENTEA LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

1. EN EL PRESENTE PROCESO, OPERÓ LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.

El fallo con responsabilidad emitido por la Contraloría de Bogotá debe ser revocado en su totalidad, dado que el ente de control incurre en un error al proferir un fallo cuando se ha configurado la caducidad de la acción fiscal para el caso en cuestión. Lo anterior se fundamenta en que el supuesto hecho lesivo del patrimonio atribuido al señor Inocencio Bahamón, en su calidad de rector de la Universidad Distrital, y al señor Rafael Enrique Aranzalez, fue reseñado o determinado por la Contraloría en el momento en que este último, mediante el Acta de aprobación de estudios y diseños del 4 de noviembre de 2011, recibió a satisfacción y sin ninguna observación los estudios y diseños realizados por el contratista de obra.

A juicio de la Contraloría, se habría inobservado el cumplimiento de la normatividad vigente, específicamente el Decreto 190 de 2004, la Resolución No. 227 de 2006, el Decreto Nacional 564 de 2006 y el Decreto 430 de 2005. Por lo tanto, la caducidad de la acción fiscal comenzó a computarse a partir de dicha conducta, supuestamente lesiva del patrimonio. Por consiguiente, el auto de apertura debió proferirse dentro del término de cinco años a partir de la fecha en que los estudios y diseños fueron recibidos a satisfacción por los investigadores. No obstante, el auto de apertura fue emitido por la Contraloría de Bogotá recién el 1 de abril de 2019, lo que implica que dicho Auto fue proferido cuando la caducidad de la acción fiscal ya había operado respecto a la conducta presuntamente ineficiente imputada a los funcionarios.

El artículo 9 de la Ley 610 de 2000, que a su tenor predica:

“ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos

instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública”.

Pues bien, teniendo claro que la caducidad de la acción fiscal se configura después de transcurridos cinco (5) años desde el hecho generador del daño al patrimonio público hasta el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, es menester esclarecer el momento en que se configuró el hecho generador del daño patrimonial en el caso concreto. Para ello, es necesario recordar que en el presente asunto se tiene como hecho generador del supuesto daño patrimonial como consecuencia del recibido a satisfacción por parte de lo investigados de los diseños que fueron aprobados de cara al contratista de obra el 04 de noviembre de 2011, tal y como quedó consignado en el Auto de imputación No.15 del 18 de junio de 2024, así:

Al igual que, mediante Acta de aprobación y diseños del 04 de noviembre de 2011, el rector INOCENCIO BAHAMÓN recibió a satisfacción y sin ninguna observación los estudios y diseños realizados por el contratista de obra, dejando de lado el cumplimiento de la normatividad vigente, como lo es el Decreto 190 de 2004, la Resolución No. 227 de 2006, o el Decreto Nacional 564 de 2006 y Decreto 430 de 2005, denotando su deficiencia como servidor público, y principalmente como máxima autoridad de la entidad, al no verificar si los mismos cumplían con los requisitos y las obligaciones contractuales.

1

Ya que con sus omisiones y acciones, se incumplieron varias normas y principios fundamentales para la administración pública, lo que fue determinante en virtud a que sin ella no se hubiese generado daño alguno al patrimonio público, puesto que se demostró que no desplegó un actuar suficiente para evitar la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado y ocasionar con esto un daño patrimonial.

2

En el mismo sentido, la conducta supuestamente lesiva del patrimonio atribuida al señor Rafael Enrique Aranzales García presenta un núcleo fáctico de imputación idéntico, así:

¹ Auto de imputación No.15 del 18 de junio de 2024, pág. 43

² Ibidem

Recabando en el material probatorio del presente proceso, se tiene que mediante **Acta de aprobación y diseños del 04 de noviembre de 2011, en la cual reposa su firma en calidad de supervisor, participo en el recibió a satisfacción de los estudios y diseños realizados por el Contratista de obra sin que estos cumplieran con la normatividad vigente** (como lo es el Decreto 190 de 2004, la Resolución No. 227 de 2006, o el Decreto Nacional 564 de 2006), lo que conllevó a que fueran recibidos por la entidad sin el cumplimiento completo de los requisitos.

3

Por lo anterior, es claro que el hecho generador del daño no puede ser uno distinto al determinado por parte de la Contraloría en su Auto de imputación de la responsabilidad fiscal, que tanto para el señor Inocencio Bahamon como para el señor Rafael Enrique Aranzales García corresponde a la probación y recibido a satisfacción de los diseños entregados por el contratista de obra, es decir el 4 de noviembre de 2011, lo que a la postre configura en la caducidad de la acción fiscal de cara al núcleo factico de la imputación. Ahora, no es de recibo que la Contraloría pretexto que el hecho mencionado guarda connotaciones de naturaleza de tracto sucesivo cuando así no lo dejó plasmado en su imputación y mal haría en sede de recursos extender la conducta endilgada a los investigados para pretender que la caducidad de la acción fiscal se estructure con una conducta diferente, y así evitar el fenómeno procesal.

No en vano los sujetos procesales presentaron sus defensas frente al Auto de Imputación, en un intento de desvirtuar la imputación de responsabilidad fiscal. No obstante, se identificó que el hecho imputado se refiere a la aprobación del acta, siendo este el punto de interés del despacho, ya que de esta manera el operador fiscal delimita el objeto de la controversia. De no determinarse adecuadamente la conducta lesiva, se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, al haberse atribuido la responsabilidad fiscal en abstracto y no en concreto como lo ha dispuesto el legislador. Para el caso en concreto la Contraloría estableció el hecho generador del supuesto daño el 4 de noviembre de 2011, y nada dijo en su imputación que se tratara de un hecho de tracto sucesivo pro consiguiente el hecho da origen al daño es la aprobación de los diseños siendo a partir de este panorama desde el momento en que debe calcular la caducidad de la acción.

Como corolario de lo expuesto, en el concepto CGR- OJ - 094 de 2018, identificado con el número de radicado 20171E0055329, emitido por la Contraloría General de la Nación, en este documento, se realiza un análisis exhaustivo en relación con los actos de tracto sucesivo, así:

"Cabe precisar que, para los actos de tracto sucesivo, la propia norma, ha determinado que se debe tener en cuenta el hecho generador del daño al patrimonio público. Allí entonces es importante deslindar el hecho que ocasiona el daño, del daño propiamente dicho. Lo que cuestiona la ley de responsabilidad fiscal es el hecho generador del daño al patrimonio público, la fuente del daño como objeto de la

³ Auto de imputación No.15 del 18 de junio de 2024, pág. 46.

responsabilidad, una concepción causalista que examina las condiciones en que aparecen los hechos antes que el daño en su dimensión formal. En este orden, para determinar la caducidad de la acción fiscal debe tenerse en cuenta el hecho que da origen al daño. Es necesario precisar que en materia del análisis del término de caducidad es muy importante el examen pormenorizado de cada situación en concreto.”

Desde una perspectiva conceptual, es relevante destacar las consideraciones del Consejo de Estado en relación con el examen de la caducidad. Cabe mencionar que dicho análisis se enmarca en el contexto de las acciones de grupo, donde el término de caducidad se calcula en dos escenarios: i) desde la ocurrencia del daño y ii) desde la cesación de la acción perjudicial que lo origina. Es importante señalar que esta última hipótesis guarda similitud con el hecho generador del daño en el ámbito de la responsabilidad fiscal.

*"En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre **(1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce.*** A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con ocasión de un comportamiento administrativo.

En el caso de marras, el verbo rector de la conducta supuestamente culposa en la que incurrieron los funcionarios de la Universidad Distrital se circunscribe a la falta de "verificar", según el ente de control, del cumplimiento de la normatividad vigente. De acuerdo con esta interpretación, el origen del daño se deriva de la presunta omisión en la verificación, motivo por el cual el término de caducidad debe calcularse a partir de este acto, y no desde la suspensión del contrato, como erróneamente lo interpreta a su favor el operador fiscal. Es importante señalar que la jurisprudencia ha enfatizado que la imputación fiscal debe estar debidamente identificada, sin ambigüedades y mucho menos en términos abstractos, para garantizar el debido proceso y la correcta aplicación de los principios que rigen la responsabilidad fiscal.

Finalmente, previendo los argumentos del ente de control fiscal relacionados con que, para el momento de la apertura del proceso, el término de caducidad correspondía a 10 años, es fundamental tener en cuenta la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria. Como concepto, el principio de favorabilidad ha sido reconocido jurisprudencialmente por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

*"Por regla general **las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador**, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería por ejemplo en tratándose del derecho administrativo cambiario en el que se consagró un régimen de*

*responsabilidad objetiva. [...] [L]a Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero y disciplinario), **el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.**" (negrilla resaltada fuera del texto original).*

En relación con lo anterior, precisa la delegada y la Sala Fiscal y Sancionatoria de la Contraloría que la normativa aplicable para el desarrollo e investigación del proceso mencionado debe ser el artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020, relacionado con la figura de la caducidad, en lugar del artículo 9 de la Ley 610 de 2000, más aún cuando la primera norma fue declarada **INEXEQUIBLE** por la **SENTENCIA C-090 DE 2020**. Por lo tanto, el término de caducidad que debe aplicarse bajo el principio de favorabilidad en el presente caso es de 5 años, conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, que es la norma rectora en cuanto a la caducidad. Es importante destacar que la aplicabilidad de una norma de orden público sustancial, de obligatorio cumplimiento por su naturaleza, debe interpretarse de manera objetiva, asegurando irrestricto cumplimiento a los derechos fundamentales de los involucrados y garantizando un debido proceso.

Por lo anterior, es claro que el hecho generador del daño no puede ser otro que la aprobación y el recibo de los diseños por parte de los señores Inocencio y Rafael, el primero en calidad de rector de la Universidad y el segundo en calidad de supervisor del contrato de obra, quienes supuestamente omitieron el cumplimiento de la normatividad vigente, específicamente el Decreto 190 de 2004, la Resolución No. 227 de 2006, el Decreto Nacional 564 de 2006 y el Decreto 430 de 2005. Por ello, la caducidad de la acción fiscal es evidente en el caso en cuestión, dado que el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal fue emitido por el ente de control el 1º de abril de 2019, esto es, con posterioridad a los 5 años que ordena la Ley 610 de 2000. Cabe señalar que el hecho que da origen al daño, según la Contraloría, corresponde al acta de aprobación de los diseños del contrato de obra 121 de 2010, la cual data del 4 de noviembre de 2011, razón por la cual la caducidad se encuentra debidamente acreditada.

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONFIGURA FALTA DE COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO PARA FALLAR.

La caducidad de la acción fiscal no solo constituye un factor procesal, sino que es un límite insoslayable que afecta directamente la competencia del funcionario para fallar en este caso. Los efectos derivados de dicha caducidad, debidamente alegada, generan la imposibilidad legal de continuar con el trámite del proceso fiscal. Resulta inadmisibles que el funcionario responsable emitiera un fallo de responsabilidad fiscal cuando la caducidad ya se había materializado, violando el marco temporal previsto por el legislador para adelantar la acción fiscal. Esta circunstancia, lejos

de ser una mera formalidad, tiene consecuencias procesales graves: el proceso debió archivarse desde el momento en que la caducidad se configuró, nótese que, en el decurso del proceso, la Contraloría de Bogotá en ninguno de sus actos procesales ha llevado a cabo control judicial integral para así haber determinado que sobre el hecho lesivo del patrimonio ya se había configurado la caducidad de la acción procediendo al archivo de las diligencias.

El Auto de Apertura fue emitido en abierto desconocimiento de la caducidad de la acción, lo que implica que todos los actos administrativos subsiguientes adolecen de un vicio insubsanable: la nulidad. Haberse emitido el auto de apertura el 1º de abril de 2021 sin observar el término legal establecido no solo vulnera el debido proceso, sino que genera la pérdida automática de competencia por parte del funcionario, viciando de nulidad cualquier decisión posterior. De no reconocerse esta situación, se estaría convalidando un proceso sin sustento jurídico, lo que constituye una violación flagrante de los derechos procesales de los implicados.

Este panorama, de materializarse, obliga a las partes afectadas a recurrir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento de derechos, tal y como lo prevé el artículo 138 del CPACA. Así lo ha ratificado la Sala Séptima Especial de Decisión del Consejo de Estado, en su decisión del 28 de abril de 2021:

“(2) Como se desprende de las normas transcritas, el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal se ejerce sobre decisiones que son actos administrativos de contenido particular. Las personas condenadas en dichos actos, tienen derecho a impugnarlos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a solicitar el restablecimiento de sus derechos y la reparación de los perjuicios, causados con los mismos. Tienen el derecho, al igual que todas las personas, a hacerlo mediante la acción de <nulidad y restablecimiento> prevista en el artículo 138 del CPACA; esta es una acción o medio de control contenido particular, de la cual son los titulares y cuyo desarrollo está reglado en las normas contenidas en la segunda parte del CPACA⁴.

En virtud de lo anterior, el operador fiscal está obligado a pronunciarse sobre la caducidad alegada y, si sus efectos se consideran procedentes, debe proceder a la terminación y archivo del proceso de responsabilidad fiscal. Continuar con el proceso a pesar de la caducidad implicaría el desbordamiento de la facultad para atribuir responsabilidad fiscal, incurriendo en vicios de nulidad por desconocerse el debido proceso y el derecho de defensa de los investigados y por descontado los del tercero civilmente responsable.

3. INCONGRUENCIA ENTRE EL AUTO DE IMPUTACIÓN DE CARGOS Y EL FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

⁴ Consejo De Estado. Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz. Fecha 8 De Abril De 2021 control Automático De Legalidad, Actor: Contraloría General De La República – Contraloría Delegada Para Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial Y Cobro Coactivo, Demandado: Fallo Con Responsabilidad Fiscal. Radicado: 11001-03-15-000-2021-01175-00(A).

El fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría de Bogotá deberá ser revocado en su integridad, ello en razón de que el operador fiscal inobservó la congruencia que debe contener el núcleo fáctico y normativo de la imputación de responsabilidad fiscal con el fallo que ponga fin al proceso de responsabilidad fiscal, puesto que el derecho de defensa debe salvaguardarse frente a los investigados y terceros civilmente responsables. Circunstancia que, para el proceso que nos ocupa, no se cumplió, ya que el operador fiscal, con ostensible desvío del sendero fáctico y normativo trazado en el auto de imputación No.31, profiere un fallo con responsabilidad fiscal en sujeción de enunciados fácticos y normativos que no fueron incorporados al auto de imputación de cargos, de manera que tal conducta, a todas luces inconsulta, degeneró en la afectación del derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales, ya que estos no tuvieron la oportunidad de presentar alegaciones y pruebas respecto de las nuevas consideraciones del operador fiscal, quien en su fallo decidió modificar el núcleo fáctico de la controversia prefijada previamente en el auto de imputación.

Nótese que el cargo imputado a los señores Inocencio Bahamón y Rafael Enrique, relacionado con la aprobación de los diseños del 4 de noviembre de 2011, en el cual el contratista entregó los estudios y diseños a la Universidad Distrital para la construcción del edificio B de la sede Macarena, sostiene que estos no cumplían con los requerimientos suficientes, según la Contraloría. No obstante, la Contraloría pasa por alto que los diseños fueron aprobados por la interventoría de la Universidad. Asimismo, mediante el Laudo Arbitral No. 130933 de fecha 28 de marzo de 2023, proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se decidió que **los planos y diseños entregados por el contratista cumplieron con lo pactado en el contrato y que el precio pagado no constituye pérdida o menoscabo de recursos públicos.**

Adicional a esto, la Contraloría no fundamenta en su fallo en el hecho de que el señor Inocencio en calidad de Rector de la Universidad entre sus funciones estuviera la de aprobar diseños o planos; cuanto dicha obligación recae en la interventoría del contrato, y del contratista de obra. En ese sentido no se entiende cual es el acto incorrecto que se le endilga al rector de la institución puesto que este no cuenta entre sus funciones del cargo aprobar diseños y planos, ya que no cuenta con la experticia técnica para ello, pero de manera inconsulta la Contraloría decide imponer obligaciones que se escapan de la órbita funcional del cargo.

En relación con la observación realizada por la Contraloría, donde se señala que el rector Inocencio Bahamón aprobó los estudios y diseños realizados por el contratista de obra el 04 de noviembre de 2011, es necesario aclarar que dicha acción excede las responsabilidades funcionales y directivas asignadas al rector de la institución. El rol del rector, conforme a los reglamentos internos y las disposiciones legales que rigen su cargo, se circunscribe principalmente a la dirección académica y administrativa de la entidad educativa, siendo responsable de garantizar el cumplimiento de las políticas institucionales, la administración general y la representación legal de la entidad. Sin embargo, no es competencia del rector la aprobación técnica de estudios, planos o diseños relacionados con obras de infraestructura.

La revisión y aprobación técnica de los estudios y diseños debe ser realizada por los funcionarios o áreas especializadas en infraestructura y contratación dentro de la entidad, quienes poseen las competencias técnicas necesarias para evaluar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de obras civiles, como el Decreto 190 de 2004, la Resolución 227 de 2006, y demás normativa aplicable en este caso. Por lo tanto, atribuir al rector la responsabilidad de aprobar estudios y diseños técnicos contraviene las funciones reglamentarias del cargo, dado que estas corresponden a profesionales con las habilidades y conocimientos técnicos necesarios para realizar dicha evaluación. De esta forma, el rector no puede ser considerado responsable por omisiones o deficiencias en la revisión técnica de estos documentos, ya que no entra dentro de su ámbito de actuación.

El anterior argumento soberano relacionado a la existencia del Laudo arbitral lo que constituye cosa juzgada material respecto de la ejecución y liquidación del Contrato 121 de 2010, soportado en lo dicho por parte de la Corte Constitucional en sentencia T-455 de 2012. Por lo que, siendo cosa juzgada, ***"ni siquiera un juez puede volver a estudiar un asunto que ya fue decidido por una jurisdicción, corolario es que ninguna autoridad administrativa tampoco puede revivir un debate jurídico sobre el cual ya existe un pronunciamiento judicial"***.

Es evidente que la Contraloría erró al desestimar que el cargo imputado a los investigados, relacionado con la aprobación de los diseños, quedó plenamente refutado. Sin embargo, en su fallo se abstuvo de motivar adecuadamente por qué no se tuvo en cuenta la prueba documental que así lo demostraba. Además, tampoco realizó una valoración sobre el laudo arbitral, incurriendo así en un vicio de nulidad por falsa motivación.

*"En suma, en relación con los supuestos para la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación, **la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que ella tiene ocurrencia cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.**"*

Sumado a lo anterior, la Contraloría desconoce que frente al señor Rafael Aranzález García mediante Auto No. 1126 del 14 de septiembre de 2016 la Personería Delegada para Asuntos Disciplinarios IV ordenó el archivo definitivo de la actuación disciplinaria contra su representado por los mismos hechos materia de investigación así:

*"(...) Con fundamento en lo expuesto, el Despacho concluye que no se configuró ninguna de las conductas constitutivas de falta disciplinaria mencionadas en el Auto No. 478 del 28 de abril de 2015, y por tal motivo considera que **no se reúnen los supuestos establecidos en los artículos 161 y 162 de la Ley 734 de 2002, requeridos para***

formularle pliego de cargos a los investigados, siendo procedente en consecuencia el archivo definitivo de la actuación a su favor (...)".

En virtud de lo anterior, es claro que la Contraloría incurre en una evidente incongruencia entre los cargos elevados en su auto de imputación y lo acreditado y decidió en el fallo con responsabilidad fiscal, adviértase que, no se tuvieron en cuenta las pruebas documentales que desacreditan el cargo relacionado con la aprobación de los diseños, como quiera que el Laudo Arbitral determinó la inexistencia de falencias o irregularidades sobre los mismos por lo que el cargo endilgado a los investigados deviene desacreditado por el laudo arbitral. Respecto de la congruencia del fallo la Ley 1437 de 2011, preceptúa:

"Artículo 187. Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

La anterior disposición debe ser interpretada de manera armónica, con lo dispuesto en el Código General del Proceso:

"Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último."

Por su parte el artículo 48 de la ley 610 de 2000 estatuye los presupuestos que deberán ser incorporados al auto de imputación, así:

“ARTÍCULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación deberá contener:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. **La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la**

En el presente caso, resulta evidente la incongruencia entre el auto de imputación, los argumentos de defensa presentados por las partes, y lo resuelto en el fallo con responsabilidad No. 31. No se observa coherencia interna con los cargos imputados a los funcionarios ni coherencia externa con los argumentos esgrimidos en el proceso. El operador fiscal no tuvo en cuenta que en el expediente obran suficientes elementos que demuestran un patrón de conducta diligente por parte de los investigados, quienes realizaron una serie de actuaciones dirigidas al cumplimiento de sus deberes legales y contractuales.

El supuesto daño se originó debido a una serie de demoras y dificultades en los trámites urbanísticos, particularmente en la obtención de la Licencia de Construcción para el Contrato de Obra No. 121 de 2010. Estas dificultades no son atribuibles a los funcionarios investigados, ya que se encuentran plenamente demostradas múltiples gestiones realizadas por los responsables fiscales para cumplir con sus obligaciones. Estas gestiones se vieron frustradas por situaciones completamente ajenas a los funcionarios, relacionadas con afectaciones al Plan de Ordenamiento Territorial (POT) y las trabas en los trámites de licenciamiento, fuera de su control.

Es conveniente resaltar que en ningún momento los funcionarios omitieron sus deberes de control y vigilancia. Todo lo contrario, estuvieron pendientes de la presentación de los documentos necesarios ante el FOPAE, así como de las solicitudes de Licencias de Construcción, organizando comités de seguimiento para verificar el avance de la obra y la inversión de los recursos públicos. Las medidas adoptadas, como la suspensión y prórroga del contrato, demuestran la diligencia de los responsables para mitigar cualquier riesgo y garantizar el cumplimiento del contrato.

Se evidenció en el expediente que, desde el inicio, los funcionarios realizaron las gestiones pertinentes para obtener la Licencia de Construcción. La primera solicitud fue radicada en junio de 2011, pero fue devuelta en julio del mismo año debido a la necesidad de un concepto del FOPAE. Posteriormente, en diciembre de 2011, el contratista radicó un estudio de amenaza y riesgo, pero

nuevamente la solicitud fue retrasada por la falta de respuesta del FOPAE hasta abril de 2012. Ante estos obstáculos externos, los funcionarios decidieron suspender el contrato hasta que se pudieran subsanar estas trabas. Un factor determinante fue la expedición del Decreto 364 de 2013, que modificó el POT y generó la necesidad de adaptar los diseños a las nuevas normativas. Esto provocó una parálisis en la ejecución del contrato, ya que los diseños previamente aprobados no se ajustaban a las nuevas disposiciones. Posteriormente, la suspensión del Decreto 364 de 2013 por orden judicial impidió la continuidad de los trámites de licenciamiento, un evento totalmente imprevisible e irresistible para los contratantes. Las partes, ante esta situación, tomaron medidas para mitigar el impacto, como la negociación del Otrosí No. 3, adaptando las estipulaciones contractuales a los nuevos requisitos.

La actuación de los funcionarios de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas fue en todo momento dirigida a garantizar el cumplimiento del objeto contractual. Se organizaron comités de seguimiento y se tomaron medidas contractuales oportunas para mitigar los riesgos que se presentaron, como la prórroga y adición del contrato. Incluso se inició un proceso sancionatorio contra el contratista cuando se detectaron incumplimientos, demostrando una clara voluntad de proteger el erario y garantizar la correcta ejecución del contrato.

Las pruebas aportadas en el expediente demuestran que las demoras en la ejecución del contrato de obra no fueron consecuencia de la falta de diligencia o supervisión de los funcionarios implicados, sino de factores completamente ajenos a su control, como la modificación del POT y la suspensión de trámites de licenciamiento por decisiones judiciales. Los funcionarios realizaron un seguimiento constante al contrato, tomaron medidas oportunas, y siempre actuaron en defensa del patrimonio público. Por tanto, los cargos imputados carecen de sustento, y debe absolverse a los responsables fiscales de cualquier acusación, al estar plenamente demostrada su diligencia y cumplimiento de sus obligaciones.

En virtud de lo expuesto, es evidente que la Contraloría de Bogotá incurrió en una serie de inconsistencias y violaciones al debido proceso que afectan gravemente los derechos de defensa y contradicción de los investigados. La falta de congruencia entre el auto de imputación de cargos y el fallo de responsabilidad fiscal, la omisión en la valoración de pruebas determinantes como el Laudo Arbitral No. 130933 y el Auto No. 1126 de la Personería Delegada para Asuntos Disciplinarios IV, así como la modificación injustificada del núcleo fáctico y normativo previamente establecido, configuran vicios de nulidad por falsa motivación.

Estos actos no solo transgreden disposiciones legales fundamentales, como las establecidas en la Ley 1437 de 2011, el Código General del Proceso y la Ley 610 de 2000, sino que también desconocen precedentes judiciales que constituyen cosa juzgada material. Por tanto, la revocatoria integral del fallo con responsabilidad fiscal proferido por la Contraloría de Bogotá resulta a todas luces procedente.

4. **LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, DEBIDO A QUE SE CONFIGURA LA FUERZA MAYOR COMO CAUSAL EXIMENTE.**

Tal como se ha expuesto anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imprescindible que se acredite en el plenario el nexo de causalidad entre los otros dos elementos constitutivos de la responsabilidad: el hecho gravemente culposo o doloso y el daño fiscal. Sin embargo, es claro que la declaratoria de responsabilidad es improcedente cuando se configura una causal eximente de responsabilidad. En este sentido, la jurisprudencia ha explicado:

“[...] Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad –fuerza 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 demandado⁵

Además, el artículo 16 de la Ley 610 de 2000 establece claramente que la acción fiscal cesará cuando se demuestre que existe una causal eximente de responsabilidad. Esto se aplica en los casos en que el daño no sea constitutivo de gestión fiscal o cuando se acredite la operancia de un factor eximente, como lo es la fuerza mayor.

En tanto causal eximente de responsabilidad, la fuerza mayor ha sido definida por el artículo 64 del Código Civil como un evento imprevisto al cual es imposible resistir, tal como un naufragio, un terremoto o cualquier suceso similar. Los elementos clave de la fuerza mayor son su imprevisibilidad e irresistibilidad, que deben evaluarse con base en las circunstancias particulares del caso concreto, atendiendo a las condiciones de modo, tiempo y lugar.

En ese orden de ideas, el reproche fundamental realizado por el ente fiscal se centra en la no ejecución del contrato de obra, lo cual, según se ha acreditado, fue consecuencia del no agotamiento de los trámites de licenciamiento urbanístico. Sin embargo, la Contraloría pasó por alto que las partes del contrato intentaron en varias ocasiones culminar dichos trámites sin éxito. Esto se debió a que, en el momento de la terminación y liquidación del contrato a través del laudo arbitral, los términos en materia de licencias urbanísticas estaban suspendidos por una decisión judicial, la cual se mantuvo vigente hasta el 17 de mayo de 2019, cuando se declaró la nulidad del Decreto 364 de 2013. Este hecho, claramente fuera del control de las partes contratantes, constituye un

⁵ 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).

evento de fuerza mayor en tanto que impidió el cumplimiento del contrato de obra, siendo una circunstancia irresistible e imprevisible.

La suspensión del Plan de Ordenamiento Territorial de la ciudad de Bogotá, que impidió el avance del contrato de obra, es un hecho excepcional, sorpresivo e inusual que no pudo ser previsto ni resistido por las partes del Contrato de Obra No. 121 de 2010. En consecuencia, no se puede imputar responsabilidad fiscal en este caso concreto, ya que la fuerza mayor está debidamente configurada como una causal eximente de responsabilidad lo que a la postre de traduce en que el fallo con responsabilidad fiscal debe revocarse.

IV. **REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA A LA DECLARATORIA DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE DE LA ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.**

1. **EN EL PRESENTE CASO SE MATERIALIZÓ LA PRESCRIPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO PORQUE SE CONFIGURÓ EL TERMINO EXTINTIVO.**

El fallo con responsabilidad No.31 proferido por el despacho colegiado carece de motivación por cuanto el operador fiscal decidió declarar a mi procurada como tercero civilmente responsable sin realizar un minucioso análisis de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, aspecto de suma importancia que debió ser tenido en cuenta por el operador fiscal previo a la vinculación de la compañía aseguradora e conformidad como lo exige el instructivo Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020, expedido por la Contraloría General de la República, ***“ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA LA VINCULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS DENTRO DE LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL”***, se destacan los siguientes:

“ 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. ”

Además de la importancia que representa el estudio del contrato de seguro vinculado al procedimiento fiscal, resulta imperioso manifestar que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro se sujeta a lo establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual postula:

“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.”

El Consejo de Estado en postura reciente destaca que el artículo 1081 del Código de Comercio es aplicable en juicios de responsabilidad fiscal, así:

*(..) la Sección Primera del Consejo de Estado, atendiendo a que esta Sección, **de manera reiterada y pacífica ha señalado que en los juicios de responsabilidad fiscal debe tenerse en cuenta el artículo 1081 del Código de Comercio, en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, el cual, es de dos años** contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento de la existencia del riesgo asegurado que da base a la acción de responsabilidad fiscal para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción”⁶*

*Para lo cual, se ha señalado que el citado artículo resulta aplicable en los eventos de la vinculación al proceso de responsabilidad fiscal del garante como civilmente responsable, **toda vez que dicha 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, derivado 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.*

*166. En efecto, reiteró que debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro, y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro, **determinando que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada mediante un contrato de seguro, debe expedirse, notificarse y quedar ejecutoriado dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado**”(Subrayado propio para denotar importancia)*

Expuesto lo anterior, la Sala procede a dar aplicación de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de la siguiente manera, veamos:

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de febrero de 2021, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 68001 23 31 000 2004 00491 01;

186. Según lo reseñado en precedencia, el término de dos (2) años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio para que opere la prescripción ordinaria, empezó a correr para la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Gerencia Departamental del Quindío de la Contraloría General de la República, a partir de la fecha en que esta tuvo conocimiento de la ocurrencia de los hechos investigados, que en el presente caso aconteció el 20 de diciembre de 2006 cuando abrió formalmente la investigación fiscal en contra de los implicados.

187. En vista de que el fallo con responsabilidad fiscal núm. 000001 fue expedido el 7 de septiembre de 2011, resulta evidente que se expidió después de los dos años de que disponía el ente de control para hacerlo, el cual vencía el 20 de diciembre de 2008 por lo que, al estar vencido ese término, operó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro en contra de la Contraloría, cuya póliza ordenó hacer efectivos el ente de control en el mencionado fallo.

188. Para la Sala, teniendo en cuenta que la Contraloría General de la República, vinculó a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsable afectando la póliza núm. 8001000118, como consecuencia de una acción derivada del contrato de seguro, resulta evidente que dicha decisión la adoptó por fuera del término legal en virtud de la ocurrencia de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, de allí que la sentencia de primera instancia será revocada.

189. En esas circunstancias, es notoria la ocurrencia de la prescripción alegada por la parte demandante, lo cual implica revocar la decisión tomada en primera instancia que negó las pretensiones de la demanda⁷⁷ (Subrayado propio para denotar importancia)

La jurisprudencia señala que el término de dos años del artículo 1081 del Código de Comercio comienza a computarse a partir del momento en que la Contraloría ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro asegurado. En ese sentido el reproche que emerge ante el ente de control fiscal se sujeta al hecho comprobado de que la Contraloría de Bogotá tuvo conocimiento del hecho lesivo del patrimonio el 01 de agosto de 2018, por medio del cual la Dirección Técnica de Educación realizó el traslado del Hallazgo Fiscal No. 140200-011-18, relacionada con presuntas irregularidades relacionadas con el Contrato de Obra No.121 de 2010

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023). Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez. Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Número único de radicación: 250002324000 2012 00588 02. Demandante: Seguros Colpatria S.A. hoy AXA Colpatria Seguros S.A. Demandado: Contraloría General de la República. Tercero con interés: La Previsora S.A. compañía de seguros.

ANTECEDENTES

Mediante radicado No. 3-2018-19943 del 01 de agosto de 2018⁸, la Dirección de Educación de esta Contraloría realizó el traslado del Hallazgo Fiscal No. 140200-011-18 a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en cumplimiento de la Auditoría de Regularidad No. 23 del Plan de Auditoría 2018 que se realizó a la **UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS – UDFJC**, con ocasión a presuntas fallas en el Contrato de Obra No. 121 de 2010 celebrado con la UNIÓN TEMPORAL FÉNIX y generando un detrimento patrimonial

Bajo ese estado de cosas, el ente de control fiscal contaba con dos años a partir del conocimiento de los hechos para emitir el auto de apertura vinculando al garante. No obstante, en el interior del proceso está acreditado que 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.

La línea jurisprudencial del máximo tribunal administrativo ha sido absolutamente clara al establecer que el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro, debe ser proferido por la administración a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que la entidad administrativa ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que claramente deberá configurarse dentro de la vigencia del contrato de seguro, y cuyo término coincide con el de la prescripción ordinaria de 2 años reseñada en el artículo 1081 del Código de Comercio:

*“Cabe precisar que la declaratoria del siniestro, materializada mediante un acto administrativo, **deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento.** Lo anterior tiene sustento tanto en la ley, artículo 1081 del Código de Comercio, como en la doctrina y la jurisprudencia que, sobre el tema, en particular, ha desarrollado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.*

*El artículo 1081 del Código de Comercio consagró un término de dos años para la prescripción ordinaria y uno de cinco años para la extraordinaria, la primera de ellas corre desde el momento en que **el interesado** haya tenido conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, (factor subjetivo) mientras que la extraordinaria por ser objetiva, correrá **contra toda clase de personas** sin consideración alguna del citado conocimiento, desde el momento en que nace el respectivo derecho. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁸*

Obsérvese que el Consejo de Estado, máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 2009. Expediente 14.667. C.P. Miryam Guerrero de Escobar; y, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 3 de mayo de 2000, Exp. 5360, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

Administrativa, ha sido completamente diáfano al establecer que la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro, es decir, la contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, puede ser alegada y debe ser reconocida cuando se manifieste en los procesos de responsabilidad fiscal. En otras palabras, considerando 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 aseguradora, tal como se expone en el siguiente pronunciamiento:

“Conviene reiterar sobre este tema que el término de esa prescripción es distinto al término de vigencia de la póliza, que el siniestro debe ocurrir dentro de dicha vigencia para que nazca la obligación del garante o asegurador, y que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros empieza a correr desde cuando acontezca el siniestro o de que el beneficiario o la autoridad competente, como en este caso lo es la Contraloría General de la República, tenga conocimiento de su ocurrencia.”⁹

Es relevante destacar que no solo el fallo mencionado anteriormente demanda de manera expresa el reconocimiento por parte de la Contraloría de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro cuando sea aplicable, sino que también existen diversas decisiones en la misma línea, como se ejemplifica 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.

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

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad

⁹ -Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de junio de 2010 radicado 68001- 23-15-000-2004-00654-01CP. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta

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...” (Énfasis propio)¹⁰

En ese sentido, al extrapolar el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado al caso que nos ocupa, se concluye que nos encontramos ante un caso típico de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Esto se evidencia en el certificado de entrega de la comunicación de vinculación de mi representada, el cual se emitió dos años después del conocimiento de los hechos por parte del ente de control fiscal. Razón suficiente para que el operador tenga por probada la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, so pena de incurrir en un vicio de ilegalidad del acto administrativo que no la tenga como probada. El Consejo de Estado refiere de cara a la falta de motivación de fallo de responsabilidad fiscal lo siguiente:

*“En efecto, aunque el otorgar un espacio para el ejercicio del derecho a la defensa constituye un ámbito de protección del derecho al debido proceso, éste no se agota con tal garantía, pues **resulta imperativo que el operador jurídico realice un análisis material de las razones que invoca el acusado, a fin de validar o desvirtuar las mismas ofreciendo argumentos suficientes, de lo contrario la decisión por la ausencia de motivación puede resultar arbitraria, infundada y por consiguiente contraria al ordenamiento jurídico.** Con lo anterior en manera alguna se está indicado que la motivación de los actos administrativos necesariamente debe ser extensa, pero sí que las razones expuestas en los mismos sean pertinentes y claras frente a las decisiones adoptadas, máxime, cuando éstas implican la atribución de responsabilidad luego de surtido un proceso en el que se le brinda a la parte acusada la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, lo que implica un esfuerzo de la autoridad competente de valorar los argumentos desarrollados, de motivar por qué los mismos son o no acertados a luz del ordenamiento jurídico, de lo contrario tal decisión adolece de la motivación debida y por ende vulnera el derecho al debido proceso.*

*En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. **Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo.** ()¹¹*

En virtud de lo expuesto, es evidente que el fallo con responsabilidad fiscal No. 31 proferido por el despacho colegiado carece de motivación adecuada y ha incurrido en vicios de ilegalidad. La

¹⁰ Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo sección primera, rad: 68001-23-15-000-2004-00654-01, c.p: rafael e. Ostau de lafont pianeta

¹¹ Consejo de Estado. (2018, 9 de agosto). [Número de radicación: 76001-23-31-000-2004-03513-02]. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Bogotá D.C.

Contraloría de Bogotá declaró a mi representada como tercero civilmente responsable sin realizar el análisis minucioso de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, incumpliendo así con lo exigido en la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020 de la Contraloría General de la República. Además, se ha demostrado que las acciones derivadas del contrato de seguro han prescrito conforme al artículo 1081 del Código de Comercio y la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que transcurrieron más de dos años desde que la Contraloría tuvo conocimiento de los hechos hasta la vinculación de mi representada. Al no considerar estos aspectos y al omitir un análisis detallado de las pruebas y argumentos presentados, el operador fiscal vulneró el derecho al debido proceso y a la defensa. Por lo tanto, solicito respetuosamente la revocatoria del fallo con responsabilidad fiscal No. 31.

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

El operador fiscal ha incurrido en un error al imponer, de manera inconsulta, una obligación a cargo de mi representada, dado que no existió detrimento patrimonial alguno. En consecuencia, no se ha materializado el riesgo asegurado. Este argumento se articula con lo expuesto al inicio de este escrito, puesto que en el presente proceso de responsabilidad fiscal no se configuran los elementos necesarios para determinar una conducta gravemente culposa en cabeza de los investigados. Por un lado, el supuesto daño patrimonial al Estado presentado por la Contraloría se fundamenta en serias inconsistencias e imprecisiones tanto fácticas como jurídicas. El auto de imputación de responsabilidad fiscal se fundamentó en una conducta que no corresponde a una gravemente culposa. Específicamente, la aprobación de los diseños y planos entregados por el contratista de obra fue considerada por el Tribunal de Arbitramento como plenamente conforme con la normatividad vigente, lo cual refuta el único cargo imputado a los funcionarios.

Esto implica que, al desvirtuarse el cargo, el riesgo asegurado en el contrato de seguro no se ha realizado. Por consiguiente, la condición suspensiva no puede exigirse frente a mi representada. El Laudo Arbitral No. 130933 del 28 de marzo de 2023, proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, **determinó que los planos y diseños entregados por el contratista cumplieron con lo pactado en el contrato y que el precio pagado no constituye pérdida o menoscabo de recursos públicos.** El argumento anterior, respaldado por la existencia del mencionado laudo arbitral, constituye cosa juzgada material respecto de la ejecución y liquidación del Contrato No. 121 de 2010. Este hecho se sustenta en lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-455 de 2012, la cual señala que, siendo cosa juzgada, ***"ni siquiera un juez puede volver a estudiar un asunto que ya fue decidido por una jurisdicción; corolario es que ninguna autoridad administrativa tampoco puede revivir un debate jurídico sobre el cual ya existe un pronunciamiento judicial"***. La decisión contenida en el laudo arbitral, respecto a los planos y diseños aprobados por los funcionarios de la Universidad Distrital, estableció que estos no configuraban una pérdida o detrimento de los recursos públicos. Esta determinación

fue parte fundamental del *ratio decidendi* del tribunal arbitral, que resolvió la controversia declarando la ausencia de un siniestro relacionado con el incumplimiento contractual. En virtud de lo anterior, resulta improcedente la imposición de una obligación a mi representada, dado que no existe detrimento patrimonial, no se ha materializado el riesgo asegurado y el asunto en cuestión está cubierto por la figura de la cosa juzgada. Por tanto, cualquier actuación en contrario vulneraría principios fundamentales del derecho y los derechos de mi representada.

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

A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio señala lo siguiente:

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

Nótese que al interior del proceso el ente de control fiscal no logró acreditar un actuar gravemente culposo en cabeza de los investigados. De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que implique

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.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el Fallo No.031, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal. Esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza del presunto responsable, lo que por sustracción de materia significa, que no se ha realizado el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096 que sirvió como sustento para vincular como tercero

civilmente responsable a la compañía. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los investigados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la póliza lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a la SEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 170100-0055-19.

3. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 930-87-994000000096.

En el fallo con responsabilidad fiscal el operador fiscal realizó un análisis superfluo de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096 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.

Ahora, en relación con la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 930-87-994000000096, 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, 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. 930-87-994000000096 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 aseguraticio 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 aseguraticio 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 imputación 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 aseguraticio 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.

4. **FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 930-87-994000000096.**

Es necesario señalar que la Contraloría incurre en un error al no tener en cuenta las exclusiones pactadas en la póliza de seguro No. 930-87-994000000096, lo cual invalida cualquier pretensión de cobertura en este caso. En primer lugar, las condiciones generales y particulares del contrato de seguro establecen de manera clara las situaciones y riesgos que están excluidos de la cobertura, entre los cuales se incluyen actos dolosos, y aquellos actos que se encuentran fuera del ejercicio regular de las funciones del asegurado.

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.

Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 170100-0055-19	
Nombre	INOCENCIO BAHAMON CALDERON
Identificación	19.253.011
Cargo	Rector de la institución (periodo 25-nov-2010 al 24-nov-2013)

Nombre	RAFAEL ENRIQUE ARANZALEZ GARCIA
Identificación	8.720.359
Cargo	Jefe de la División de Recursos Físicos (a partir del 23-04-2008)

Obsérvese cómo ambos funcionarios investigados en el procedimiento fiscal ostentaron sus cargos asegurados antes del inicio de la expedición y vigencia de la póliza de seguro. Por lo tanto, al no estar vinculados a la Universidad Distrital durante el periodo cubierto por la póliza, no se encuentran amparados por los hechos materia de la investigación fiscal. Además de la exclusión por dolo y culpa grave, debe resaltarse que el señor Bahamón únicamente se desempeñó como rector de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas entre los años 2010 y 2013, mientras que la póliza contratada por la Universidad con mi representada tiene fecha de inicio en el 2018, es decir, posterior a los hechos investigados. Por tanto, cualquier hecho o daño que se pretenda imputar a su gestión queda fuera del ámbito temporal de cobertura de la póliza.

2.2 DAÑOS O PÉRDIDAS OCASIONADAS POR INCURRIR EL FUNCIONARIO ASEGURADO EN FALTAS, ERRORES U OMISIONES QUE NO ESTEN DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO, BIEN SEA QUE LAS MISMAS CONSTITUYAN O NO FALTAS DISCIPLINARIAS, AL TENOR DE LO DISPUESTO POR LA LEY 734 DE 2002.

El análisis de los hechos presentados en el proceso de responsabilidad fiscal No. 170100-0055-19 permite concluir que la exclusión pactada en la póliza debe ser aplicada, ya que el incumplimiento del contrato y el consecuente daño patrimonial son atribuibles a la actuación de un tercero, específicamente, al contratista de obra encargado de los estudios y diseños. En este sentido, la Unión Temporal Fénix, responsable del diseño y los estudios del proyecto, es el actor directamente relacionado con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no los funcionarios de la Universidad Distrital. Como ya se explicó en el laudo arbitral, se fundamentó que los diseños aprobados se encontraban conformes a la normatividad vigente, razón por la cual, de haberse ocasionado errores en la ejecución del contrato de obra, estos no pueden ser imputados a los funcionarios de la Universidad Distrital, como de manera errada lo ha hecho la Contraloría.

No obstante, y en gracia de discusión no puede perder de vista que el edificio B de la sede de la Universidad Distrital nunca fue construido debido a que los diseños entregados por el contratista no eran acordes con las normas ni las disposiciones pactadas. Este incumplimiento recae directamente sobre el contratista, quien era el encargado de cumplir con los requisitos técnicos y legales para que el proyecto pudiera avanzar. Así, la omisión y las dilaciones en la entrega de los diseños necesarios son consecuencia de la actuación negligente del contratista, y no de los funcionarios de la universidad, quienes no tenían responsabilidad directa sobre esa etapa precontractual del proyecto.

En este caso, los funcionarios de la Universidad no pueden ser responsabilizados por el incumplimiento de un contrato de obra que recaía sobre el contratista. Tal como lo establece la exclusión en la póliza, no se cubren aquellos eventos donde el daño patrimonial haya sido causado por la acción u omisión de un tercero, en este caso, la Unión Temporal Fénix. Al ser este el actor responsable de las dilaciones y los errores en los diseños que impedían la correcta ejecución de la obra, el riesgo asegurado en el contrato de seguro no cubre el incumplimiento derivado de un tercero ajeno a las funciones de los asegurados.

En virtud de lo expuesto, y en el improbable caso de que el fallo permanezca incólume, el ente de control fiscal deberá reconocer que el hecho investigado está expresamente excluido del amparo otorgado por la Póliza de Seguro No. 930-87-994000000096. Esta exclusión se fundamenta en las condiciones del contrato de seguro, que limita su cobertura en situaciones como la presente. En consecuencia, el presunto daño fiscal no puede ser imputado al servidor público, y cualquier pago realizado a terceros bajo esta premisa sería erróneo e indebido, ya que no corresponde a una obligación cubierta por la póliza.

5. EN TODO CASO DEBE TENERSE EN CUENTA EL CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DE LOS CONTRATOS DE SEGURO.

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

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

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

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

“(…) Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subraya y negrita adrede)

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

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.*
- **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 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).

Así las cosas, no debe perderse de vista que, como se señaló en el acápite pertinente, Póliza de Seguro No. 930-87-994000000096, no podrán ser afectada puesto que carece de cobertura material y no se realizó el riesgo asegurado. Así pues, como el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento sin justa causa debido al carácter meramente indemnizatorio, y teniendo en cuenta que se demostró la inexistencia de algún tipo de detrimento del erario público, resulta improcedente afectar la póliza en cuestión.

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

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

Es importante recabar sobre el particular por cuanto a que la obligación de mí representada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, tiene su génesis en un contrato de seguro

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

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

Debe aclararse que las obligaciones de la aseguradora que represento están determinadas por el límite asegurado para cada amparo, por las condiciones del contrato de seguro y por la normatividad que lo rige. Por lo tanto, la obligación indemnizatoria que remotamente podría surgir a su cargo está estrictamente sujeta a las estipulaciones contractuales como el coaseguro establecido y el límite del valor asegurado que puede ser afectado para cada siniestro ocurrido dentro de la vigencia de la póliza.

De tal forma que no puede predicarse ningún tipo de responsabilidad solidaria de la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, con los presuntos responsables fiscales, como erradamente lo manifiesta la contraloría en el fallo con responsabilidad fiscal.

7. SUBLÍMITE APLICABLE POR CARGO

La Contraloría deberá la aplicación del sublímite correspondiente, según lo estipulado en la póliza de seguros vigente, en relación con los cargos asegurados y los costos procesales incurridos en el proceso que actualmente se encuentra en trámite.

Tal como se detalla en la póliza, específicamente en la sección 5.2. Sublímites aplicables a las etapas desde la vinculación procesal hasta fallo con tránsito a cosa juzgada, el sublímite aplicable a los 42 cargos asegurados es de \$22.500.000, y para el cargo de Rector, el sublímite es de \$42.500.000. Dichos montos limitan el valor a ser cubierto por evento para cada uno de los cargos asegurados, lo que consideramos pertinente para el presente caso.

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 DIVISION, 4 DIRECTORES CENTRO, 9 JEFES DE SECCION
5.1. SUBLIMITES APLICABLES ETAPAS DE INVESTIGACION 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. SUBLIMITES 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 a la Contraloría 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.

V. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **REVOQUE INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 31 DEL 10 DE SEPTIEMBRE DE 2024**, proferido dentro del proceso de la referencia, 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 dolosa o gravemente culposa en cabeza de los funcionarios de la Universidad Distrital, ni un daño cierto causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente solicito que se sirva **ABSOLVER** de toda condena a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C., en calidad de tercero civilmente responsable y garante, debido a que ha operado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Además, la Póliza de Seguro No. 930-87-994000000096 no presta cobertura material para los hechos objeto de investigación, dado que se ha configurado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Asimismo, no se ha realizado el riesgo asegurado en dicho contrato, puesto que la aprobación y los diseños presentados por el contratista de obra en la etapa precontractual no constituyen un riesgo asegurado por mi procurada. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., al declarar la terminación y liquidación del contrato No. 121 de 2010, resolvió que la aprobación de los diseños no constituye una pérdida para el patrimonio público.

I. NOTIFICACIONES

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

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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