

Señores

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - CONTRALORÍA DELEGADA PARA
RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO
UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES 2**

Atn: Dr. FRANCISCO JAVIER GOMEZ VARGAS

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: PRF- 85112-2022-41434

ENTIDAD AFECTADA: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI -
E.I.C.E. E.S.P.

VINCULADOS: GERARDO ANTONIO ELEJALDE PARRA

TERCEROS VINCULADOS: ALLIANZ SEGUROS S.A Y OTRO.

ASUNTO: DESCARGOS FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD
FISCAL NO. 01111.

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 general **ALLIANZ SEGUROS S.A**, sociedad comercial, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad Bogotá con NIT. 860.027.404-1, tal como se acredita con la escritura pública No. 5107 del 5 de mayo de 2004 y el Certificado de Existencia y Representación Legal que se aporta, comedidamente procedo a presentar, Descargos frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 011111** por medio del cual se mantuvo la vinculación a mi representada en virtud de la Póliza de Seguro de Manejo Estatal No. 23347830, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

Con ocasión de una Actuación Especial de Fiscalización practicada por la Contraloría Delegada para el Sector Vivienda y Saneamiento Básico a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se identificó un hallazgo con presunta incidencia fiscal relacionado con el Acuerdo Comercial No. 800-AC-1593-2019. Dicho acuerdo, suscrito el 5 de septiembre de 2019 entre EMCALI y los proveedores Globollantas Ltda. y Llantas e Importaciones Sagu S.A.S., tenía como objeto el suministro e instalación de diversos insumos para el parque automotor de la entidad, incluyendo llantas, válvulas y neumáticos.

Dentro del proceso contractual se suscribieron diez (10) órdenes de compra derivadas del citado acuerdo. Sin embargo, la supervisión del contrato certificó el cumplimiento de las obligaciones contractuales y aprobó los pagos a favor de los contratistas por un valor total de \$1.265.307.863, sin que, presuntamente, existiera evidencia documental, fotográfica o técnica que acreditara efectivamente la entrega de los bienes contratados. Esta situación fue advertida por la Contraloría al constatar que las actas de recibo y los informes ejecutivos de supervisión no contaban con los soportes necesarios que permitieran verificar que los elementos fueron suministrados e instalados conforme a lo pactado.

Como consecuencia de lo anterior, la Contraloría General de la República ordenó la apertura de la Indagación Preliminar mediante Auto No. 01765 de 11 de diciembre de 2023 y posteriormente, mediante Auto No. 00440 de 8 de abril de 2024, se dio apertura formal al Proceso de Responsabilidad Fiscal. En esta actuación se recopilaban elementos probatorios como informes técnicos, visitas de verificación, respuestas de funcionarios y documentación contractual. Los indicios recaudados permitieron establecer la presunta existencia de deficiencias graves en el ejercicio de la supervisión y control sobre el cumplimiento del contrato, lo que habría conllevado al reconocimiento y pago por parte de EMCALI de valores no soportados, configurando así un presunto detrimento patrimonial.

En este sentido, por medio del Auto de Imputación No. 01111 de fecha 21 de mayo de 2025, se decidió continuar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$74.451.434)**, vinculando como presunto responsable fiscal a la siguiente persona:

- **GERARDO ANTONIO ELEJALDE PARRA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 16 648.188, en su calidad de Profesional Administrativo III de la Unidad Gestión Administrativa de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

El 21 de mayo de 2025 se expidió el Auto de Imputación de responsabilidad fiscal en contra del presunto responsable relacionado anteriormente. Con base en lo anterior, la Contraloría decidió continuar con el juicio fiscal propendiendo por determinar y establecer la responsabilidad del presunto responsable antes mencionado, para verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

Vinculación de **Allianz Seguros S.A** en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Seguro de Manejo No. 23347830, con las vigencias descritas más adelante y tomada por parte de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P.**

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha Póliza de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al Honorable Juzgador, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS DE LA DEFENSA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto

es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

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

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. 85112-2022-41434.

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

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

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

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

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

¹ Ibidem.

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

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culpable atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culpable de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.*² (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente.

En desarrollo de lo anterior, en el caso sub examine, los elementos probatorios allegados al expediente no permiten concluir con certeza que los pagos efectuados por EMCALI a los proveedores GLOBOLLANTAS LTDA y LLANTAS E IMPORTACIONES SAGU S.A.S. carecieran de causa o sustento material. Por el contrario, los expedientes contractuales contienen actas de recibo, facturas, informes de supervisión, respuestas a requerimientos de la Contraloría y otros soportes que, aunque pueden ser objeto de apreciación crítica por su nivel de detalle o calidad, reflejan que se cumplió el procedimiento administrativo para la

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

recepción y aprobación de los bienes suministrados. Incluso, la existencia de informes técnicos elaborados por personal idóneo de EMCALI y la certificación de satisfacción de los servicios por parte del área supervisora desvirtúan la tesis de un pago sin contraprestación alguna.

Adicionalmente, los bienes objeto del contrato como llantas, neumáticos, válvulas, entre otros insumos, son catalogados como bienes de consumo que, por su naturaleza, no necesariamente dejan una trazabilidad física prolongada, lo cual dificulta su verificación ex post. Esta circunstancia, no puede ser entendida como sinónimo de una omisión en el control fiscal o de una pérdida automática para el Estado. En ese orden, la ausencia de evidencias físicas actuales no implica per se que los bienes no hayan sido efectivamente entregados y utilizados, máxime cuando los procesos de supervisión y archivo documental en entidades públicas como EMCALI no son uniformes ni perfectos, y dependen de múltiples variables administrativas y operativas.

Por ende, debe señalarse que en el presente proceso no existe un daño cierto ni un menoscabo efectivo del patrimonio público, pues no se acreditó, más allá de las presunciones de la Contraloría, que los bienes no hubiesen sido entregados ni que los pagos hubiesen sido indebidos. Así las cosas, al no verificarse de forma objetiva e incontrovertible la existencia del elemento esencial del daño, resulta improcedente continuar con una imputación de responsabilidad fiscal sobre hechos que, a lo sumo, podrían constituir deficiencias administrativas, pero no comprometen la integridad del erario.

Así las cosas, no existe en el presente caso un daño patrimonial real, cierto y antijurídico imputable al servidor público vinculado, ni una conducta que revele gestión fiscal defectuosa. En consecuencia, se configura una inexistencia del daño patrimonial al Estado, lo cual hace inviable jurídicamente la formulación de responsabilidad fiscal alguna.

Por estas razones, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, se solicita respetuosamente al Despacho que archive el proceso bajo

análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

“ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.”

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No. 85112-2022-41434.

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE GERARDO ANTONIO ELEJALDE PÁRRA

En el presente caso no se acredita la existencia de culpa grave ni de dolo atribuibles al señor Gerardo Antonio Elejalde Parra, quien se desempeñó como supervisor del Acuerdo Comercial No. 800-AC-1593-2019, en su condición de Profesional Administrativo III de la Unidad de Gestión Administrativa de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. Por tanto, no puede atribuírsele responsabilidad fiscal alguna en el marco del proceso que nos ocupa.

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

responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

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

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. 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 4º párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de

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

determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación del señor Elejalde Parra, 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 debe 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

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

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

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

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

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 endilgarle responsabilidad fiscal a la persona previamente identificadas, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al Despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los investigados.

Así las cosas, en ningún escenario esta conducta 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

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

sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso. En ese sentido el H. Consejo de Estado ha dicho:

“Para que se configure la responsabilidad fiscal, es necesario que se demuestre que el servidor público actuó con dolo o culpa grave, entendida esta última como la omisión del cuidado que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, y que en el caso de los servidores públicos, se exige un mayor nivel de diligencia en el cumplimiento de sus funciones. No basta con la simple inobservancia de un deber, sino que debe probarse que dicha inobservancia fue grave y que generó un daño patrimonial al Estado.”⁶

Aplicando este criterio al caso concreto, se concluye que no se acredita ni culpa grave ni dolo por parte del servidor público vinculado al proceso. Ahora bien, en su rol de supervisor del citado acuerdo comercial, el señor **Gerardo Antonio Elejalde Parra** actuó dentro del ámbito de sus competencias legales y contractuales, cumpliendo con los procedimientos establecidos por EMCALI para la verificación del cumplimiento contractual. Las actas de recibo, los informes de supervisión y las certificaciones de cumplimiento que suscribió contaban con respaldo documental y se basaron en los registros operativos y técnicos disponibles. En ningún momento se ha demostrado que el señor Elejalde Parra haya actuado con negligencia manifiesta, ni mucho menos que haya obrado con la intención deliberada de causar un daño patrimonial a la entidad.

Adicionalmente, es importante destacar que los bienes objeto del contrato —llantas, válvulas, neumáticos, protectores, entre otros— son bienes de consumo inmediato, cuya trazabilidad posterior a la instalación no puede exigirse con los mismos estándares que a los bienes de uso permanente. Esto implica que, una vez instalados, su verificación se torna compleja, y por tanto, no puede inferirse su inexistencia por la sola ausencia de evidencia física al momento de la auditoría. Así las cosas, cualquier falencia en el archivo o en la disponibilidad de soportes posteriores no puede transformarse en un juicio de reproche personal al supervisor, máxime cuando este actuó conforme a los mecanismos institucionales dispuestos y dentro del marco de su buena fe funcional.

⁶ Sentencia de 10 de marzo de 2016 (Radicación No. 50001-23-31-000-2011-00001-01)

En consecuencia, debe concluirse que el actuar del señor **Gerardo Antonio Elejalde Parra** no configura una conducta dolosa ni gravemente culposa. Su proceder como supervisor contractual se ajustó a los deberes funcionales establecidos, sin que exista evidencia que permita afirmar que incurrió en omisiones inexcusablemente graves o que tuviera la intención de permitir un detrimento al erario. Por tanto, al no verificarse el elemento subjetivo exigido por la ley para estructurar la responsabilidad fiscal, debe concluirse que no le resulta atribuible responsabilidad personal en los hechos materia de este proceso.

Por ende, al no acreditarse el elemento subjetivo exigido por la ley para configurar responsabilidad fiscal, resulta improcedente imponer sanción alguna en contra de los funcionarios investigados, razón por la cual debe decretarse el archivo definitivo de las diligencias en su favor.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE MI REPRESENTADA AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación dentro del presente trámite, en el cual se mantuvo la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales de los contratos de seguro. En efecto, el órgano de control fiscal no tuvo en cuenta que las pólizas incorporadas en el expediente no gozan 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. 25000-23-24-000-2002-0090701, 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 del 2000.

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

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 del 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 República 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."[1] (...)

(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 la póliza invocada para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en el contrato de seguros materializado en la Póliza de Manejo No. 23347830, pues resulta claro que los hechos del proceso de responsabilidad fiscal tienen su inicio antes de la vigencia de dicho contrato de seguro, por lo que mi representada Allianz Seguros S.A. no puede ser responsable en aplicación del inciso 2º del artículo 1073 del Código de Comercio.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita eximir de todo tipo de responsabilidad a **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, así:

A. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO ESTATAL No. 23347830 - LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN FISCAL OCURRIERON ANTES DEL PERIODO DE RETROACTIVIDAD

En el caso que nos ocupa, no se configura cobertura por parte de la póliza de manejo No. 23347830, toda vez que el hecho generador del presunto daño patrimonial acaeció antes del inicio de la vigencia de dicha póliza, y del periodo de retroactividad de la póliza pactado, lo cual excluye cualquier posibilidad de imputar responsabilidad al asegurador por hechos anteriores a la fecha de cobertura pactada contractualmente.

Para sustentar el argumento que ahora se propone y que conlleva la absolución de mi representada, debe tenerse en cuenta que la Póliza de Manejo Estatal No. 23347830 en su certificado No. 0 tuvo la siguiente vigencia:

Datos Generales

Tomador del Seguro :	E.S.P. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E,CA NIT: 8903990034 AVENIDA 2 NORTE 10-7 CALI Teléfono: 3163606777 Email: mccortes@yahoo.es
Asegurado:	E.S.P. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E,CA NIT: 8903990034 AVENIDA 2 NORTE 10-7 CALI Teléfono: 3163606777 Email: mccortes@yahoo.es
Póliza y duración:	Póliza n°: 023347830 / 0 Duración: Desde las 00:00 horas del 20/11/2023 hasta las 24:00 horas del 18/11/2024. Importes expresados en PESO COLOMBIANO.
Intermediario:	GONSEGUROS CORREDORES DE SEGUROS S.A. Clave: 1067259 CL 13 CR 101 - 71 CALI NIT: 8050038017 Teléfonos: 3120202 3148112711 E-mail: tecnicogenerales@gonseguros.com.co

En concordancia con ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en establecer que la cobertura temporal de un contrato de seguro es un elemento esencial, cuyo desconocimiento implica trasladar al asegurador un riesgo no asumido, lo cual resulta jurídicamente inadmisibles.

Según consta en las condiciones particulares de la póliza No. 23347830, suscrita por Allianz Seguros S.A. en coaseguro con La Previsora S.A., la vigencia del amparo comenzó a las 00:00 horas del 20 de noviembre de 2023 y se extendió hasta las 24:00 horas del 18 de noviembre de 2024. No obstante, conforme al Auto de Imputación No. 01111 de 21 de mayo de 2025, el hecho generador del presunto daño patrimonial, esto es, el último pago realizado a los contratistas GLOBOLLANTAS LTDA y LLANTAS E IMPORTACIONES SAGU S.A.S.

por parte de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. tuvo lugar antes del 20 de noviembre de 2023, lo que excluye la posibilidad de que dicho evento se encuentre amparado por la póliza mencionada.

La imputación de responsabilidad fiscal contra las aseguradoras desconoce, en consecuencia, los límites temporales del contrato de seguro, ya que el supuesto detrimento se originó en actuaciones contractuales desarrolladas durante la ejecución de órdenes de compra previas a la vigencia del seguro, cuyos pagos se materializaron con anterioridad al 20 de noviembre de 2023. Resulta, entonces, jurídicamente improcedente pretender que la póliza cubra hechos anteriores a su activación, máxime cuando el seguro es de manejo y, por tanto, opera bajo el criterio de ocurrencia o descubrimiento dentro del periodo convenido, salvo estipulación expresa en contrario, que no obra en el presente caso.

Asimismo, debe resaltarse que la póliza No. 23347830 establece expresamente una cláusula de retroactividad limitada, en la que se indica que la cobertura retroactiva tendrá vigencia únicamente desde la fecha de iniciación de la primera vigencia de la póliza inicialmente suscrita, esto es, desde el 20 de noviembre de 2023. Esta estipulación implica que cualquier hecho generador de daño patrimonial ocurrido con anterioridad a esa fecha queda por fuera del ámbito temporal de protección. En consecuencia, el presunto hecho generador del detrimento, último pago contractual realizado el 22 de abril de 2021, se encuentra excluido de cobertura, no solo por haber acontecido antes del inicio de la vigencia, sino también por ocurrir antes de la fecha desde la cual se retrotrae el riesgo asegurado. Por este motivo, y dada la configuración anticipada del supuesto siniestro, no existe cobertura temporal, y por tanto, Allianz Seguros S.A. no tiene obligación jurídica alguna de indemnizar.

PERIODO DE RETROACTIVIDAD

La retroactividad tendrá vigencia a partir de la fecha de iniciación de la primera vigencia de la póliza inicialmente suscrita.

En conclusión, al haberse producido el hecho generador del presunto daño patrimonial antes del inicio de vigencia de la póliza de manejo No. 23347830, se configura una clara inexistencia de cobertura temporal, lo cual libera de cualquier obligación indemnizatoria a

las compañías aseguradoras vinculadas como terceros civilmente responsables dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal.

Las anteriores razones son más que suficientes para exonerar a mi representada y a las coaseguradoras de la Póliza de manejo No. 23347830.

B. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE ALLIANZ SEGUROS S.A. Y LAS DEMÁS COASEGURADORAS POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830.

En el caso bajo análisis no se configura para las aseguradoras vinculadas, Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A., la obligación de indemnizar, en tanto el riesgo amparado por la póliza de manejo No. 23347830 no se ha materializado en los términos previstos contractualmente. Esto se traduce en la inexistencia de responsabilidad indemnizatoria a cargo de las aseguradoras, al no haberse cumplido los supuestos de hecho que activarían la cobertura.

En primer lugar, no se ha demostrado la existencia de un daño patrimonial cierto, real y cuantificable en perjuicio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. Las pruebas recaudadas no permiten afirmar de manera categórica que los bienes adquiridos mediante el Acuerdo Comercial No. 800-AC-1593-2019 no fueron efectivamente entregados o utilizados por la entidad. La supuesta ausencia de evidencias documentales o físicas posteriores no es suficiente para estructurar un detrimento, pues los bienes contratados son de consumo inmediato, como lo son las llantas, válvulas y neumáticos, y no es exigible su trazabilidad meses o años después de su instalación. Por tanto, el supuesto daño descansa sobre una presunción que carece de respaldo probatorio sólido, contrariando el principio de certeza que exige la configuración del daño fiscal.

En segundo lugar, no se acreditó la existencia de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del servidor público que habría causado el presunto daño. Las actuaciones del señor Gerardo Antonio Elejalde Parra, supervisor del contrato, se ajustaron a las normas internas de la entidad y a los procedimientos establecidos para la verificación y aprobación de los pagos. La emisión de informes y actas de recibo se realizó conforme a los mecanismos regulares de supervisión, sin que se demuestre que haya incurrido en omisiones inexcusablemente graves o con intención de causar detrimento, requisitos

indispensables para predicar la culpa grave o el dolo, conforme lo exige el artículo 6 de la Ley 610 de 2000.

Y en tercer lugar, no existe un nexo de causalidad entre una conducta específica y concreta atribuible al servidor público y el supuesto daño alegado. No se ha identificado una acción u omisión particular que, de manera directa y exclusiva, haya producido el presunto menoscabo. La responsabilidad no puede fundarse en inferencias ni en apreciaciones subjetivas de la autoridad fiscal, sino en la existencia de una relación causal probada entre el actuar irregular del gestor fiscal y la pérdida patrimonial, lo que no ocurre en el caso concreto.

En consecuencia, al no reunirse los tres elementos exigidos por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, no puede prosperar una declaración de responsabilidad fiscal. Y dado que la existencia de responsabilidad del tercero civil, esto es, la aseguradora, depende de la existencia de una responsabilidad principal válida y jurídicamente estructurada, mal podría exigirse el pago de una indemnización cuando no se acreditó el hecho generador, ni el daño, ni la conducta culposa o dolosa que active el amparo previsto en la póliza de manejo No. 23347830.

Por lo tanto, se concluye que no existe obligación indemnizatoria por parte de Allianz Seguros S.A., toda vez que no se realizó el riesgo asegurado y, además, no se configuró en este proceso ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, lo cual torna jurídicamente improcedente la permanencia de las aseguradoras en calidad de terceros civilmente responsables dentro de esta actuación fiscal.

C. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero civilmente responsable, revela que la misma fue tomada por la EMCALI E.I.C.E. E.S.P bajo la figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre varias compañías aseguradoras, así:

CLÁUSULA DE COASEGURO CEDIDO

La presente póliza la otorga **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y la suscriben también, las compañías que aparecen relacionadas a continuación, pero las obligaciones de las compañías para con el asegurado no son solidarias; el riesgo y la prima correspondiente, se distribuyen entre las citadas compañías de la siguiente forma:

Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Lider	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	80,00	112.225.838,40
1041	CEDIDO	LA PREVISORA SA COMPAÑIA DE SEGUROS		20,00	28.056.459,60

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y La Previsora S.A Compañía de Seguros, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente podrá responder hasta el 80% de un eventual daño patrimonial del Estado.

El artículo 1092 del Código de Comercio, al respecto, estipula lo siguiente:

“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad. (Subrayado y negrilla fuera de texto). “

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual establece: “Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. “

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas, en concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022, que reza: “(...) los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del

contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio (...)"

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fuera viable un fallo con responsabilidad fiscal en contra del servidor público asegurado, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

D. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO CONCERTADO EN LA PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se establecieron unos límites de los cuales ALLIANZ SEGUROS S.A. únicamente responderá por el 80% del coaseguro aceptado y los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de declararse la responsabilidad fiscal del investigado y, consecuentemente, la del tercero civilmente responsable.

Toda vez que, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, la póliza de manejo No. 23347830, ofrece las siguientes coberturas:

Coberturas contratadas		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
AMPARO BÁSICO	1.000.000.000,00	140.282.298,00
BIENES DE PROPIEDAD DE TERCEROS	250.000.000,00	0,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL DE FIRMAS ESPECIALIZADAS	500.000.000,00	0,00
PROTECCIÓN DE DEPÓSITOS BANCARIOS	600.000.000,00	0,00
CAJAS MENORES	24.375.000,00	0,00
PECULADO (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)	1.000.000.000,00	0,00
ALCANCES FISCALES	1.000.000.000,00	0,00
PÉRDIDAS CAUSADAS POR EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS (ESTATAL)	500.000.000,00	0,00

En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al órgano de control fiscal 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.

E. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, EL DOLO Y LA CULPA GRAVE COMPORTAN UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al órgano de control fiscal que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable sobre el cual se pretende imputar responsabilidad, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación del presunto responsable sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de manejo No. 23347830 por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el operador fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A. del proceso de responsabilidad fiscal de la referencia, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

F. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por

tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un fallo con responsabilidad fiscal en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi poderdante, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

G. DEDUCIBLE

Debe tenerse en cuenta que se pactó un deducible en la Póliza de manejo No. 23347830 de 10% sobre el valor de la pérdida mínimo 2 SMMLV, según el condicionado particular que hace parte del contrato de seguro:

DEDUCIBLES

Amparo básico: 10 % del valor de la pérdida, mínimo 2 SMMV. Demás amparos: 10% del valor de la pérdida, mínimo 4 SMMV

Para reclamos relacionados con las cajas menores: 2.5% de la pérdida.

H. SUBROGACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento en que ALLIANZ SEGUROS S.A. realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del Código de Comercio.

IV. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del investigado y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número PRF-85112-2022-41434, que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - CONTRALORÍA DELEGADA PARA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO**

COACTIVO UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES 2, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Seguro de Manejo No. 23347830, no presta cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF-85112-2022-41434, que cursa actualmente en **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - CONTRALORÍA DELEGADA PARA RESPONSABILIDAD FISCAL, INTERVENCIÓN JUDICIAL Y COBRO COACTIVO UNIDAD DE RESPONSABILIDAD FISCAL DIRECCIÓN DE INVESTIGACIONES 2**.

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 coaseguro, la disponibilidad del valor asegurado conforme al porcentaje del riesgo asumido por Allianz Seguros S.A, el cual corresponde al 80 % de la pérdida.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Póliza de Seguro de Manejo No. 23347830.
- 1.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

- 1.3. Escritura pública No. 5107 del 5 de mayo de 2004 junto con su certificado de vigencia.

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

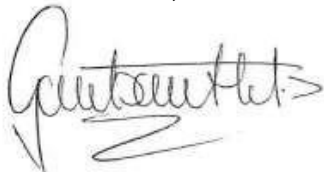
2. OFICIOS.

2.1. Solicito respetuosamente se oficie a Allianz Seguros S.A, para que aporte un certificado de disponibilidad del valor asegurado actualizado al momento en que el despacho falle el presente proceso. Lo anterior, debido a que puede afectarse la Póliza de Seguro de Manejo Estatal No. 23347830, en razón a otros procesos de responsabilidad fiscal, lo cual supone una reducción del valor asegurado. Esta prueba se pide debido a su carácter sobreviniente de conformidad con lo anteriormente mencionado.

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito, en Carrera 11ª #94ª-23 – Bogotá D.C Oficina 201 y en el correo electrónico notificaciones@gha.com.co.
- Mi procurada, **ALLIANZ SEGUROS S,A**, recibirá notificaciones en la Cra 13ª #29-24 – Bogotá D.C y en el correo electrónico notificacionesjudiciales@allianz.co

Del Señor Contralor, Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida en Bogotá.

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