

Señores:

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE ANTIOQUIA

responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF-80053-2020-36012
ENTIDAD AFECTADA: EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA
VINCULADOS: DISTRIOLOGISTICA PG S.A.S Y OTROS
TERCERO VINCULADO: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO FRENTE A AUTO DE APERTURA

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 de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, identificada con el NIT 860.002.184-6, sociedad legalmente constituida, respetuosamente me permito rendir **PRONUNCIAMIENTO** respecto del **AUTO DE APERTURA No. 502** del 24 de julio del 2020 y al **AUTO No. 1343 QUE VINCULA A TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES** del 11 de septiembre del 2024, proferidos en el marco del **PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 80053-2020-36012**, mediante el cual se vinculó a mi representada, en virtud del coaseguro contenido en la póliza de manejo global para entidades oficiales No. 000706538857, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad u obligación 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

a. Objeto de la Investigación Fiscal:

El objeto de la investigación fiscal en el proceso de la referencia consiste en determinar la responsabilidad fiscal por el presunto detrimento patrimonial causado al Ejército Nacional, derivado de la celebración del Contrato No. PCCN249488 de 2017, suscrito con la Cuarta Brigada del Ejército Nacional de Colombia. Se identificaron irregularidades en la supervisión del contrato,

específicamente la falta de documentación que respalde la efectiva prestación de los servicios contratados.

El hallazgo fiscal No. 78026 señala que el Capitán FABIÁN ALPALA BENAVIDEZ, en su calidad de supervisor, suscribió documentos esenciales, como el Acta de Inicio y el Acta de Recibo a Satisfacción, sin contar con la evidencia necesaria que acreditara la correcta ejecución de los servicios. Esta actuación sugiere un posible incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control, lo que podría haber ocasionado un daño patrimonial al Estado, estimado en SETENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$70.000.000).

Hasta esta etapa procesal, se consideran como presuntos responsables fiscales los siguientes:

- DISTRIOLOGISTICA PG S.A.S. (NIT. 900.765.079-0) Contratista, representada legalmente por ANA LUCÍA POSADA VALENCIA.
- TC HAROL FELIPE PAEZ ROA, Contratante y Comandante del Batallón de ASPC No. 04 “Cacique Yaraguies”, Ordenador del Gasto en la vigencia 2016
- Capitán FABIÁN ALPALA BENAVIDEZ, Supervisor del Contrato SECOP II PCCN249488 de 2017.

La vinculación de los terceros civilmente responsables o garantes se llevó a cabo considerando la siguiente póliza y su respectivo coaseguro:

POLIZA PRINCIPAL:		
QBE COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT. 860.002.534-0 Póliza Global de Manejo No. 000706538857. Amparos de Administración pública y Fallos con responsabilidad fiscal, por valor de \$1.000.000.000, expedida el 21/09/2017.		
COASEGUROS		
COASEGURADORA	PARTICIPACION	VALOR ASEGURADO
QBE SEGUROS S.A	20%	\$200.000.000
SEGUROS COLPATRIA	11%	\$110.000.000
A/G COLOMBIA SEGUROS GENERALES	13%	\$130.000.000
LA PREVISORA S.A	13%	\$130.000.000
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A	18%	\$180.000.000
ALLIANZ SEGUROS S.A	25%	250.000.000

Del recuadro anterior se evidencia la inclusión de mi representada (AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.) como tercero civilmente responsable, con fundamento en la Póliza Global de Manejo No. 000706538857. Esta póliza, valga la pena resaltar, fue expedida bajo un coaseguro con QBE COMPAÑÍA DE SEGUROS y otras coaseguradoras. Con base en esta información, la Contraloría asumió conocimiento del caso con el propósito de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales mencionados y, de contera, la responsabilidad de las compañías aseguradoras. Se busca establecer si, en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado, por acción u omisión y de forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio

del Estado.

b. Vinculación de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se llevó a cabo con base en la póliza de seguro que se detalla a continuación. Se trata de una Póliza de Manejo Global Entidades Oficiales No. 000706538857, expedida por QBE COMPAÑÍA DE SEGUROS, que incluye un coaseguro con otras aseguradoras, entre las cuales se encuentra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. En el caso que nos ocupa, AXA COLPATRIA tiene una asignación del 10% sobre el valor asegurado, en caso de que se pretenda hacer efectiva la póliza debido a una eventual condena dentro del proceso de responsabilidad fiscal de la referencia.

La Póliza de Manejo Global Entidades Oficiales No. 000706538857 fue expedida en coaseguro por QBE COMPAÑÍA DE SEGUROS. Su vigencia inicial abarcó desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 1 de agosto de 2018, y fue renovada desde el 1 de agosto de 2018 hasta el 21 de diciembre de 2018. En la póliza principal, se establece un amparo total de MIL MILLONES DE PESOS. Según el coaseguro, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. asume el 10% del valor asegurado, equivalente a CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS (\$110.000.000), con un deducible del 5% sobre el valor de la pérdida, con un mínimo de cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes, respecto del amparo que se pretende afectar (*fallos con responsabilidad fiscal*). La presente póliza, dentro de sus coberturas, ampara los siguientes conceptos: Manejo Global Entidades Oficiales, Básico Entidades Oficiales, Delitos contra la Administración Pública, Fallos con Responsabilidad Fiscal, Honorarios Profesionales y Costos en Juicios, Amparo para Personal de Firmas Especializadas, Pérdidas Causados por Empleados no Identificados, Amparo para Personal Transitorio y Empleados de Contratistas Independientes.

Ahora bien, como se explicará en detalle, la Contraloría conocedora de este proceso, incurrió en un error al vincular a mi representada con base en dicha póliza de seguro, ya que existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran de manera indiscutible que esta no ofrece cobertura en el caso concreto. Por lo tanto, es de suma importancia poner en conocimiento del Honorable Juzgador que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento. En virtud de lo anterior, solicito de manera respetuosa la **DESVINCULACIÓN** de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

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 No. 1343 QUE VINCULA A TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES** del 11 de septiembre del 2024, dentro del presente trámite por medio del cual se vincula a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsable en virtud de la Póliza de Manejo Global Entidad Oficiales No. 000706538857, cuya vigencia inicial abarcó desde el 1 de septiembre de 2017 hasta el 1 de agosto de 2018, y fue renovada desde el 1 de agosto de 2018 hasta el 21 de diciembre de 2018, el Despacho omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el ente de control no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

En este contexto, la vinculación del garante debe limitarse al riesgo amparado; de lo contrario, la norma mencionada resultaría desproporcionada al imponer a las compañías de seguros la obligación de garantizar riesgos que no están cubiertos por sus pólizas. Sin embargo, en el **AUTO No. 1343 QUE VINCULA A TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES** del 11 de septiembre del 2024, no se observa claridad específica en la vinculación de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Aunque se menciona a la compañía en la parte resolutive del auto, no se explica de manera detallada las razones específicas que justifican su inclusión en la parte motivacional del mismo. Esta falta de claridad compromete la transparencia del proceso y dificulta la comprensión de los fundamentos legales que respaldan dicha vinculación.

Es fundamental considerar que, para llevar a cabo la vinculación de una compañía de seguros, es necesario acatar las directrices establecidas en el instructivo No. 82113-001199, emitido por la

Contraloría General de la República el 19 de junio de 2002. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los procesos de responsabilidad fiscal mencionados en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000. En este documento, se señala que, antes de vincular a una aseguradora, es crucial observar ciertos aspectos fundamentales relacionados con la naturaleza del vínculo jurídico establecido en el contrato de seguro.

Una correcta comprensión de esta relación contractual permite determinar si es procedente hacer efectiva la garantía constituida en la póliza. Por otro lado, es importante verificar la existencia de los amparos correspondientes y su aplicabilidad al caso en cuestión, así como la identificación clara de los riesgos cubiertos. Este análisis previene que se generen vinculaciones injustificadas que puedan resultar en la afectación de los derechos de las partes involucradas. En este sentido, es imperativo que la Contraloría realice un examen exhaustivo de las pólizas y los contratos de seguro involucrados, garantizando que todas las condiciones y limitaciones sean debidamente consideradas. Esto no solo asegura el cumplimiento de la normatividad vigente, sino que también respeta los principios de seguridad jurídica y equidad que deben regir en los procesos administrativos, promoviendo así una gestión fiscal más eficiente y transparente.

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, es evidente que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a un análisis riguroso de las pólizas invocadas para tal efecto, debiendo respetar las condiciones contractuales del seguro, sin que ello dependa del carácter o magnitud de la posible infracción fiscal. Este examen es fundamental para determinar la procedencia de la vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en su fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se realiza a título de responsable fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Esto se debe a que su participación en el proceso deriva exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal o conducta que pudiera perjudicar el erario público. Por lo tanto, su responsabilidad se limita a una naturaleza civil o contractual, no fiscal, y debe regirse por lo dispuesto en el derecho comercial correspondiente. Este enfoque asegura que la vinculación de las aseguradoras se realice de manera justa y conforme a la Ley, protegiendo los derechos de todas las partes involucradas y evitando interpretaciones que puedan distorsionar el verdadero alcance de las responsabilidades establecidas en el contrato de seguro.

De este modo, es importante establecer que la vinculación de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. corresponde a la expedición en coaseguro de la Póliza de Manejo Global Entidades Oficiales No. 000706538857, expedida por QBE COMPAÑÍA DE SEGUROS, en la que como se refleja a continuación, mí representada solo cuenta con el 10% de participación:

BENEFICIARIOS		Documento
Nombre		
EJERCITO NACIONAL		NIT 800.130.632-4
AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. DE ACUERDO A LA PÓLIZA N 706538857 CERTIFICADO NO. 0, DE LA COMPAÑIA LÍDER " QBE SEGUROS S.A." EMITE LA PRESENTE PÓLIZA BAJO LAS SIGUIENTES CONDICIONES:		
VALORES ASEGURADOS		
LIDER QBE SEGUROS S.A.	100%	\$ 1,000,000,000.00
AXA COLPATRIA	10%	\$ 110,000,000.00
PRIMA		
LIDER QBE SEGUROS S.A.	100%	\$ 56,033,059.20
AXA COLPATRIA	10%	\$ 30,818,182.56
DEDUCIBLES		
EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS 10% SOBRE VALOR DE LA PÉRDIDA MINIMO 5 SMMLV		
OTROS EVENTOS 5% SOBRE VALOR DE LA PÉRDIDA MINIMO 5 SMMLV		

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario analizar los siguientes argumentos que demuestran indefectiblemente que mi procurada debe ser desvinculada del presente trámite ordinario de responsabilidad fiscal:

A. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO CONVENIDO EN LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL No. 000706538857.

En el presente caso, se establece que la investigación fiscal se origina en la ejecución del Contrato

No. PCCN249488 de 2017, cuyo objetivo fue la prestación de servicios de actividades de bienestar social para el personal orgánico de la Séptima División del Ejército Nacional de Colombia. Este contrato se diseñó con la finalidad de promover el bienestar social y el desempeño eficiente de los empleados, contribuyendo así a su productividad y desarrollo personal. Además, se buscaba recompensar el rendimiento efectivo de los servidores y facilitar la cooperación interinstitucional para la asignación de incentivos al excelente desempeño de los empleados.

En este caso, se observa que no se ha logrado demostrar que el detrimento alegado en la investigación corresponda a uno de los riesgos amparados por el coaseguro contenido en la póliza No. 000706538857. Esto se debe a que, para que se configure la responsabilidad de la aseguradora, es imprescindible que los hechos que originan la reclamación estén claramente definidos y sean específicos dentro del alcance de la cobertura del seguro. Sin embargo, la información presentada hasta ahora carece de la evidencia necesaria para establecer un vínculo directo entre el supuesto perjuicio y los riesgos cubiertos por la póliza.

Es fundamental que se realice un análisis detallado de las condiciones y exclusiones establecidas en el contrato de seguro. En este sentido, es evidente que, si no se demuestran los elementos constitutivos de los riesgos amparados, la obligación de indemnizar no puede ser exigida a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Así, la falta de pruebas que vinculen el detrimento al alcance de la póliza implica que no se justifica su intervención en la investigación, al no existir una base contractual que lo respalde.

Las condiciones establecidas en un contrato de seguro reflejan la libertad contractual otorgada por el legislador, la cual permite a las partes involucradas acordar los términos y condiciones bajo los cuales se otorgará la cobertura. De acuerdo con el artículo 1056 del Código de Comercio, la aseguradora tiene la facultad de seleccionar los riesgos que desea cubrir y establecer las condiciones bajo las cuales se ofrecerá dicha cobertura. Esto indica que la aseguradora puede decidir, los riesgos que va a asumir y las coberturas que se proporcionarán en la suscripción del contrato.

En consecuencia, la póliza emitida, en este caso la Póliza No. 000706538857, incluye una serie de amparos y condiciones específicas que deben ser cumplidas para que la aseguradora esté obligada a cubrir los riesgos. En este sentido, la póliza emitida por la aseguradora debe interpretarse de acuerdo con las condiciones y limitaciones acordadas entre las partes. La aseguradora no está obligada a cubrir riesgos que no se encuentren **explícitamente contemplados en el contrato, ni a asumir responsabilidades que excedan los términos pactados.**

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato aseguraticio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)¹

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

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

[...]

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

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

Así las cosas al suscribir el contrato de seguro correspondiente, la aseguradora establece ciertos

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

amparos que están condicionados al cumplimiento de las condiciones generales y particulares acordadas en dicho contrato. De este modo, su obligación de indemnización solo será exigible si se satisfacen los requisitos pactados por las partes. Esto implica que las compañías de seguros tienen la facultad de determinar qué riesgos están dispuestas a asumir. En este sentido, su responsabilidad se limita a aquellos riesgos que hayan sido explícitamente transferidos y, por lo tanto, solo estarán obligadas a pagar indemnizaciones si dichos riesgos se materializan durante la vigencia del contrato. Este enfoque resalta la importancia de la claridad y precisión en los términos del contrato, garantizando así una relación contractual equitativa entre las partes involucradas.

B. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA Y/O CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO Y LA CULPA GRAVE COMPORTAN UN RIESGO INASEGURABLE.

Para que se configuren los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, deben estar presentes el daño, el dolo o la culpa grave, así como el nexo de causalidad entre la conducta y el perjuicio ocasionado. En este contexto, solo se puede afirmar que existe responsabilidad fiscal cuando la conducta que genera el daño ha sido cometida de manera dolosa y gravemente culposa.

En este sentido, es fundamental resaltar que el artículo 1055 del Código de Comercio establece una disposición de ineficacia en el ámbito de las regulaciones que rigen los contratos de seguro. Esta norma establece de manera expresa que las conductas dolosas o gravemente culposas constituyen riesgos inasegurable, lo que implica que cualquier pacto en contrario carecerá de validez plena. El texto literal de esta disposición señala:

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

De este modo, la norma establece que tales riesgos no pueden ser cubiertos por un contrato de seguro, y cualquier disposición en sentido contrario sería totalmente ineficaz. Por lo tanto, si no se ha demostrado la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, como sucede en el presente caso, la póliza no puede ser activada. Según la Ley, estos comportamientos son inasegurables, lo que refuerza aún más la imposibilidad de mantener vinculada a mi procurada en este proceso, dado que no se satisfacen los requisitos legales necesarios para activar la cobertura del seguro.

C. EXISTENCIA DE UNA POLIZA DE CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CON SURAMERICANA DE SEGUROS

En este caso, se cuenta con una póliza de cumplimiento contractual que, en términos generales,

tiene como objetivo garantizar que el contratista cumpla con las obligaciones adquiridas en virtud del contrato No. PCCN249488 de 2017, protegiendo a la entidad contratante, que es la beneficiaria de la póliza, frente a los posibles incumplimientos. Por tanto, como en este caso particular y concreto, el órgano de control cuestiona la ejecución del contrato PCCN249488 de 2017 le corresponde analizar sí la póliza No-1999984-3, que cuenta con un valor asegurado por CUARENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$42.000.000) y la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil derivado de Cumplimiento No. 0527011-4 por un valor asegurado de CIENTO CUARENTAY SIETE MILLONES, QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$147.543.400,00) emitida por SURAMERICANA DE SEGUROS, resulta aplicable al caso concreto, dado que, la póliza de manejo global en la que figura mí representada como coaseguradora, solo operaría, en un remota caso, de manera subsidiaria y en exceso de las anteriores, pues las primeras pólizas llamadas a responder son las expedidas por SURAMERICANA DE SEGUROS, como quiera que amparan el riesgo de incumplimiento del contrato, y ello es lo que estrictamente cuestiona el órgano de control en el presente asunto.

D. LA OBLIGACIÓN DE MI PROCURADA SOLO SE CIRCUNSCRIBE AL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO CON EL COASEGURO PACTADO - ENTRE LAS COASEGURADORAS NO EXISTE SOLIDARIDAD.

Es importante señalar que, en caso de que surgiera alguna obligación a cargo de mi representada, esta deberá cumplir con todas las condiciones estipuladas en la Póliza de Manejo Global Entidades Oficiales No. 000706538857 en particular, se debe tener en cuenta que dicho contrato de seguro fue emitido en coaseguro por QBE SEGUROS S.A., con un porcentaje del 20% de participación, SEGUROS COLPATRIA con un 11% de participación, A/G COLOMBIA SEGUROS GENERALES, con un 13% de participación, LA PREVISORA S.A. con un porcentaje del 13% de participación, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A con un porcentaje del 18% y ALLIANZ SEGUROS S.A., con un 25% de participación. Esta figura tiene sustento jurídico en el artículo 1092 del Código de Comercio en el que establece:

Artículo 1092. Indemnización en caso de Coexistencia de Seguros. En el caso 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.

En concordancia con el artículo 1095 ibidem, que dispone:

Artículo 1095. Coaseguro. Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud de la cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado riesgo”

En este mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia Sentencia del nueve (9) de julio de 2021,

indicó²:

La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asume, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro **el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ello.**

(...)

El aparte subrayado adolece de nulidad porque, como se explicó previamente, la obligación causada no es solidaria. De acuerdo con el artículo 1568 del Código Civil:

cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte en la cuota deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito

Así entonces, es claro que Colpatria respondía en un sesenta y cinco por ciento (65%) y Mapfre en un treinta y cinco por ciento (35%) de los siniestros que se configuren en desarrollo del contrato. **Lo anterior sin tener en cuenta si el incumplimiento fue parcial o total, porque ello desconocería justamente que la obligación no era solidaria. En ese caso, Colpatria y Mapfre responderán por el porcentaje acordado del siniestro, porque así se pactó la cuota de la obligación. En ese sentido, no procede imponer a una sola aseguradora el pago de la totalidad del valor del siniestro, sin tener en cuenta el porcentaje establecido en la póliza.** (Negrilla y Subrayado nuestro).

En este sentido, es fundamental subrayar que a **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** únicamente se le podrá exigir el porcentaje que le corresponde según el contrato de coaseguro, sin que resulte procedente pretender que asuma la totalidad de la obligación indemnizatoria. Esto se debe a que la figura del coaseguro implica una distribución del riesgo entre las compañías aseguradoras, cada una de las cuales responde en la proporción previamente acordada. Pretender que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** pague la totalidad del siniestro para luego subrogarse contra las otras coaseguradoras desvirtúa la esencia del coaseguro, dado que dicha subrogación no es aplicable en estos casos, al no existir solidaridad entre las partes. De lo contrario, se estarían alterando las condiciones pactadas y desconociendo la naturaleza misma del contrato de seguro y el reparto de responsabilidades entre las aseguradoras.

Conforme a lo expuesto, se concluye que no existe solidaridad entre mi representada y las demás compañías aseguradoras involucradas. En consecuencia, cualquier eventual obligación indemnizatoria deberá corresponder exclusivamente al porcentaje previamente indicado para cada una, correspondiéndole a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. el 10% de valor asegurado, tal como se precisa en la Póliza No. 8001003457 expedida en virtud del coaseguro dentro de la Póliza de Manejo Global Entidades Oficiales No. 000706538857, expedida por QBE SEGUROS S.A. De lo contrario, se estaría desconociendo el precedente judicial establecido por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, el cual ha señalado claramente que, en el contrato de seguro bajo la modalidad de coaseguro, la distribución del riesgo excluye la solidaridad entre las

² Sentencia del nueve (9) de julio de 2021, Sección Tercera-Subsección B, Consejero Ponente: Alexander Jojoa Bolaños, expediente No. 08001-23-33-000-2013-00227-01 (54460), Actor: Seguros Colpatria S.A.

compañías que participan.

E. EN NINGUNA CIRCUNSTANCIA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO-DEDUCIBLE CONCERTADO EN LA PÓLIZA Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.

En el improbable caso de que el ente investigador determine que el coaseguro previsto en la Póliza de Manejo Global de Entidades Oficiales No. 000706538857, emitida por QBE SEGUROS S.A., cubre los hechos objeto de investigación, y se acredite plenamente la ocurrencia del riesgo asegurado, lo que daría lugar a la obligación condicional de las aseguradoras, en tal hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma superior al valor asegurado, considerando el porcentaje de coaseguro, incluso si los presuntos daños reclamados fueran mayores. Cabe resaltar que esta observación no implica aceptación alguna de responsabilidad por parte de mi representada.

En este contexto, mi representada no estará obligada a pagar una suma que exceda el valor asegurado previamente pactado entre las partes, ya que su responsabilidad se limita a la concurrencia de dicha suma. De conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe respetarse esta limitación de responsabilidad, que se extiende únicamente hasta el valor asegurado; en el artículo en mención se establece:

ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA.

El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.

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

Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”³ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por lo tanto, en ningún caso se podrá obtener una indemnización que exceda el límite de la suma asegurada por mi representada, y solo en la proporción correspondiente a la parte del riesgo asumido. En este sentido, se detallan los amparos aplicables en este caso:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

DETALLE DE COBERTURAS		
Asegurado	: DIRECCION DE INTELIGENCIA MND	NIT: 800.130.632-4
Ramo	: MANEJO	
Objeto del Seguro	: MANEJO - APROPIACION INDEBIDA DE DINERO Y OTROS BIENES	
AMPAROS CONTRATADOS	VALOR ASEGURADO	
MANEJO GLOBAL ENT.OFICIALES-BASICO ENT.OFICIALES	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
BASICO ENTIDADES OFICIALES	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
HONORARIOS PROFESIONALES Y COSTOS EN JUICIOS	1,100,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
AMPARO PARA PERSONAL DE FIRMAS ESPECIALIZADAS	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
PERDIDAS CAUSADAS POR EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS	110,000,000.00	
Deducible: 10.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
AMPARO PARA PERSONAL TRANSITORIO	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		
EMPLEADOS DE CONTRATISTAS INDEPENDIENTES	110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE		

AMPAROS CONTRATADOS		VALOR ASEGURADO	
BIENES DE PROPIEDAD DE TERCEROS O EMPLEADOS		110,000,000.00	
Deducible: 5.00 POR CIENTO SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MÍNIMO 5.00 SALARIO MINIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE			
BENEFICIARIOS			
Nombre		Documento	
-----		-----	
EJERCITO NACIONAL		NIT 800.130.632-4	
AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. DE ACUERDO A LA PÓLIZA N 706538857 CERTIFICADO NO. 0, DE LA COMPAÑÍA LÍDER " QBE SEGUROS S.A." EMITE LA PRESENTE PÓLIZA BAJO LAS SIGUIENTES CONDICIONES:			
VALORES ASEGURADOS			
LIDER QBE SEGUROS S.A.	100% \$	1,000,000,000.00	
AXA COLPATRIA	10% \$	110,000,000.00	
PRIMA			
LIDER QBE SEGUROS S.A.	100% \$	56,033,059.20	
AXA COLPATRIA	10% \$	30,818,182.56	
DEDUCIBLES			
EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS 10% SOBRE VALOR DE LA PÉRDIDA MINIMO 5 SMMLV			
OTROS EVENTOS 5% SOBRE VALOR DE LA PÉRDIDA MINIMO 5 SMMLV			

En consecuencia, **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** está obligada a responder únicamente por el 10% del valor asegurado. A dicha cantidad se le deben aplicar las condiciones del deducible previamente pactado, que corresponde al 5% del valor de la pérdida o 5 salarios mínimos legales vigentes (SMLV), lo que resulte mayor. De esta manera, la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada tanto por su porcentaje de participación en el riesgo como por las condiciones del deducible establecido en la póliza.

Finalmente, se debe tener en cuenta que los pagos estarán estrictamente limitados a la disponibilidad del valor asegurado, siempre que la póliza no haya sido ejecutada en otro proceso de responsabilidad fiscal o por alguno de los eventos cubiertos por la misma. Por lo tanto, cualquier obligación de pago por parte de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. estará condicionada a la vigencia y disponibilidad del monto asegurado, según lo pactado en la póliza.

F. SUBROGACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento en que **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza con la cual fue vinculada a

este proceso de responsabilidad fiscal, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas que se hallen responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del Código de Comercio.

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

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es fundamental que el acervo probatorio acredite plenamente todos los elementos constitutivos de la misma. Esto incluye: una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre estos elementos. Esta exigencia está claramente establecida en la regulación colombiana, específicamente en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, que establece 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 de los gestores fiscales. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 80053-2020-36012.

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

Conforme a las pruebas que reposan en el expediente PRF 80053-2020-36012, no se ha presentado evidencia concluyente que permita acreditar de manera determinante la existencia de un detrimento al patrimonio del ente estatal, derivado de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de los involucrados. En efecto, no se ha aportado prueba suficiente que demuestre que estas personas hayan incurrido en acciones que vulneren los intereses patrimoniales del Ejército Nacional de Colombia. Por el contrario, las pruebas disponibles sugieren que las actuaciones relacionadas con el hallazgo fiscal No. 78026 son meramente presuntivas.

Tal y como se mencionó con anterioridad, a la luz del artículo 5 de la Ley 610 de 2000, es necesario que se demuestren tres elementos esenciales: una conducta dolosa y gravemente culposa por parte del gestor fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre ambos. En el caso que nos ocupa, no se ha acreditado la existencia de ninguno de estos elementos, y en particular, no se ha demostrado el supuesto daño patrimonial al Estado.

En efecto, para que se configure un daño patrimonial, debe evidenciarse una afectación concreta y cuantificable a los recursos públicos. En este caso, no existe prueba en el expediente que acredite de manera fehaciente una afectación real al patrimonio estatal. En este sentido, para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal, es fundamental que dentro del plenario se logre acreditar, más allá de toda duda razonable, la existencia de un daño real y efectivo al patrimonio del Estado. En relación con este punto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-340 de 2007 indicó que, a diferencia de los procesos disciplinarios, en los casos de responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de naturaleza eminentemente patrimonial. En esa oportunidad, la Corte expuso lo 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).⁴

Así, la Corte enfatiza que en los casos de responsabilidad fiscal no basta con la mera presunción de un posible detrimento al patrimonio del Estado, sino que debe demostrarse de manera concreta la existencia de un daño patrimonial cierto y cuantificable, el cual no ha sido acreditado en el presente caso. En esta providencia se expuso:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Para que la declaratoria de responsabilidad fiscal sea jurídicamente viable, es fundamental que el daño patrimonial al Estado esté debidamente acreditado en el expediente. No obstante, el material probatorio presentado en este caso no acredita que se haya ocasionado un daño patrimonial al Estado. Es importante mencionar que, la responsabilidad fiscal solo procede cuando la conducta del gestor fiscal se clasifica como dolosa o gravemente culposa. Esto implica que, para que se pueda atribuir responsabilidad fiscal a una persona, es necesario demostrar que su actuación fue de forma dolosa y gravemente culposa. De no ser así, no es posible declarar responsabilidad fiscal en casos donde la actuación del gestor fiscal se limite a culpa leve o levísima.

En virtud de la inexistencia de un daño patrimonial demostrado en contra del Estado, resulta jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal. Consecuentemente, el despacho deberá archivar el proceso en cuestión, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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 procedente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No. 80053-2020-36012

⁴ Ibidem.

⁵ 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.

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 LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

En este caso, se busca imputar responsabilidad a la señora Ana Lucía Posada Valencia, en su calidad de representante legal de la contratista DistriLogística PG S.A.S, al capitán Fabián Alpala Benavidez, supervisor del contrato, y al teniente coronel Harol Felipe Páez Roa por los hechos ocurridos. Sin embargo, esta imputación es contraria a los derechos de los vinculados en el proceso. Según los documentos aportados por esta Contraloría como fundamento para la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, hasta la fecha no se ha presentado ninguna prueba que acredite de manera concluyente una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a los involucrados.

Es fundamental resaltar que la responsabilidad fiscal debe basarse en evidencias claras y sólidas que demuestren la existencia de un detrimento patrimonial y la vinculación directa de los funcionarios con dicho detrimento. La ausencia de pruebas concluyentes limita la capacidad de establecer responsabilidad fiscal en este caso, lo que subraya la necesidad de una revisión exhaustiva de los elementos presentados en el proceso. Esta revisión es crucial para salvaguardar los derechos de los implicados y garantizar un debido proceso. Por lo tanto, resulta imperativo que cualquier acción de este tipo se sustente en pruebas verificables que respalden la imputación de la responsabilidad fiscal pretendida hacia un futuro, asegurando así la justicia y transparencia en la gestión pública.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-619 de 2002, declaró inexecutable el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que consideraba la culpa leve como un elemento para configurar la responsabilidad fiscal. La Corte aclaró que, para que exista responsabilidad fiscal, es necesario que la conducta sea dolosa o gravemente culposa, excluyendo así la culpa leve como criterio válido para dicha atribución. En este sentido se expuso:

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

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad

patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, para que pueda configurarse la responsabilidad fiscal, es imprescindible que la conducta del gestor fiscal se sitúe en el ámbito del dolo o de la culpa grave. Esto significa que cualquier actuación que se derive de una simple culpa leve o levísima queda fuera del ámbito de responsabilidad fiscal, garantizando así que no se sancione al gestor por comportamientos que no representen un incumplimiento grave de sus deberes. Este criterio refuerza la necesidad de que

⁶ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

exista una prueba contundente que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa para atribuir responsabilidad fiscal.

Partiendo de este análisis, es fundamental establecer si las conductas atribuidas a los vinculados en el proceso de responsabilidad fiscal No. 80053-2020-36012 constituyen un actuar doloso o gravemente culposo. Este elemento es un requisito indispensable para validar la declaratoria de responsabilidad fiscal que se busca en este caso. En otras palabras, es necesario demostrar que las acciones o decisiones tomadas por los involucrados fueron realizadas con pleno conocimiento del daño causado o con una negligencia grave que supere la mera culpa leve, tal como lo exige la jurisprudencia y el marco legal vigente. Sin esta debida acreditación, la declaratoria resultaría improcedente y no podría ser sostenida en un contexto legal adecuado.

En este sentido, la culpa grave y el dolo son conceptos que siempre se deben tener en cuenta en el análisis de la responsabilidad. De esta manera, 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).”⁷ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De esta manera se debe precisar que la culpa grave corresponde a una forma extrema de negligencia, imprudencia o impericia. Es decir, la culpa grave implica no prever o no entender lo que cualquier persona razonable y con diligencia mínima podría prever o comprender. Es decir, omitiendo los cuidados más básicos o actuar con una falta total de la diligencia más elemental.

Este concepto se enfoca en un nivel de irresponsabilidad que va más allá de la simple falta de atención o error común, pues describe conductas que ignorarían los conocimientos y precauciones más básicas y evidentes. En el ámbito de la responsabilidad fiscal, esta interpretación de la culpa grave subraya la necesidad de demostrar que la actuación del gestor fue más que un simple

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. MP. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

descuido o error leve: tuvo que haber una negligencia significativa y evidente, por lo que no cualquier error o descuido es suficiente para fundamentar una responsabilidad fiscal.

En este contexto, no es posible calificar la conducta de los vinculados al proceso como gravemente culposa, es decir, comparable a la negligencia de las personas más descuidadas, ni mucho menos como una actuación dolosa, con intención maliciosa de causar daño al patrimonio público. Por el contrario, los elementos probatorios presentados son claros y suficientes para demostrar que estas personas actuaron con la debida diligencia y en cumplimiento de sus responsabilidades. Debido a que no existe acreditación del elemento de culpa grave o dolo en este caso, el ente de control deberá declarar la inexistencia de responsabilidad fiscal y proceder al archivo definitivo del proceso.

Con base en lo anterior, es relevante destacar las disposiciones contenidas en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, que establece de manera excepcional la posibilidad de presumir la culpa o el dolo en los procesos de responsabilidad fiscal. No obstante, en este caso particular, dichas presunciones no resultan aplicables, tal como se expone a continuación:

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

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

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

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

De este modo, la responsabilidad fiscal solo puede configurarse cuando se demuestra la

existencia de dolo o culpa grave. La norma establece, además, situaciones excepcionales en las que se presume dicha culpabilidad, como cuando el gestor fiscal ha sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por los mismos hechos. Sin embargo, en este caso, no se han presentado circunstancias que permitan aplicar estas presunciones. No se ha evidenciado que los vinculados hayan sido condenados penalmente o sancionados disciplinariamente, ni que hayan incurrido en alguna de las situaciones descritas en los literales del artículo 118, como la elaboración de pliegos ambiguos o la omisión de estudios de mercado.

Por lo tanto, no es posible presumir el dolo o culpa grave en este proceso, lo que impide establecer la responsabilidad fiscal de los implicados. Esto refuerza la necesidad de archivar el proceso, dado que no se cumplen los requisitos esenciales para declarar la responsabilidad fiscal. Ante la ausencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de los presuntos responsables, se desvirtúa automáticamente la posibilidad de establecer un nexo de causalidad entre los hechos atribuidos y el supuesto detrimento patrimonial. En consecuencia, no se cumplen los elementos esenciales para configurar la responsabilidad fiscal en este caso, lo que hace jurídicamente improcedente continuar con el proceso. Por lo tanto, es necesario proceder con su archivo.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito **DESESTIMAR** la declaratoria de responsabilidad fiscal pretendida en contra de la señora ANA LUCÍA POSADA VALENCIA, en su calidad de representante legal de la contratista DISTRIOLOGÍSTICA PG S.A.S, el Capitán FABIÁN ALPALA BENAVIDEZ, supervisor del contrato, y el Teniente Coronel HAROL FELIPE PÁEZ ROA por los hechos ocurridos dentro del proceso identificado con el radicado 80053-2020-36012, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita 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 funcionario asegurado, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza No. 000706538857. Lo anterior se fundamenta en que, efectivamente, la póliza en mención no ofrece cobertura, dado que no se materializó el riesgo asegurado. Además, la póliza incluye un coaseguro y contiene exclusiones específicas que limitan su alcance. En consecuencia, dicha póliza no cubre los hechos objeto de investigación dentro del proceso, por lo tanto no se puede hacer efectiva para los mismos.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta, el límite del valor asegurado para cada uno de los certificados de la póliza, la disponibilidad de la suma asegurada para cada uno de los certificados de la póliza, la participación por coaseguro de mi representada y el deducible. Todo esto concertado en la Póliza No. 000706538857.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la póliza de manejo No. Póliza 000706538857.
- 1.2. Copia de la póliza de seguro manejo No. 8001003457, expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. en virtud del coaseguro contenido en la Póliza No. 000706538857.

VI. ANEXOS

1. Poder conferido por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
2. Certificado de Existencia y Representación de AXA XOLPATRIA SEGUROS S.A.

VII. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6 A Bis # 35N-100, Oficina 212, Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali o, en la dirección electrónica: 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.