

Señores

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE ANTIOQUIA

Atn: Dr. Uber Arbey Aguilar Carmona

Contralor Provincial - Ponente

Correo: responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co y cgr@contraloria.gov.co

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: PRF-80052-2023-43833

ENTIDAD AFECTADA: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

PRESUNTOS RESPONSABLES: JUAN CARLOS PELAEZ SERNA Y ROSA AMELIA MORENO ORREGO

TERCEROS VINCULADOS: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. Y OTROS

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.** empresa legalmente constituida, identificada con NIT. 860.002.184-6 tal como se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal que se aporta, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA** por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354, 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:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con supuestos pagos de intereses por mora y recargos sobre facturas de servicios e impuestos por cincuenta y cinco millones cuarenta mil quinientos ochenta y un pesos (\$55.040.581) moneda legal colombiana. Dichos pagos fueron realizados por la Dirección de Administración de Justicia Seccional Antioquia Chocó, durante las vigencias 2021 y 2022.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 1612 de 24 de octubre de 2024 se decidió por parte de este despacho iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **cincuenta y cinco millones cuarenta mil quinientos ochenta y un pesos (\$55.040.581) moneda legal colombiana**, vinculando como presuntos responsables fiscales al señor **JUAN CARLOS PELAEZ SERNA** y a la señora **ROSA AMELIA MORENO ORREGO** en sus calidades de directores seccionales de Administración Judicial Antioquia – Chocó, para la época de los hechos.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y

establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

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

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354 con la vigencia descrita más adelante y tomadas por parte de la Nación – Consejo Superior de la Judicatura.

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 dichas Pólizas de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al operador fiscal, 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 **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 AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, modificado por el artículo 125 del Decreto 403 de 2020, 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 gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.*
- *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 órgano de control no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado bajo el No. 80052-2023-43833.

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. (Resaltado y negritas fuera del texto original)*

Sobre este particular, la Corte Constitucional 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 el órgano de cierre:

*“(…) el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos,***

para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).¹

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

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

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha logrado probar que se haya producido ningún daño, al menos no uno patrimonial que no tenga justificación jurídica.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que en las consideraciones del auto que ordena la apertura del proceso que nos ocupa, se expone que el hallazgo encuentra sustento en que "se efectuaron pagos de intereses por mora y recargos sobre facturas de servicios e impuestos" bajo el criterio de que todo tipo de pagos relacionados a estos aspectos es necesariamente un daño patrimonial para la entidad.

Sin embargo, se debe acotar que no todo pago destinado a esos efectos se debe considerar *per se* un daño patrimonial, en este sentido ha dicho la Auditoría General de la República en Concepto 2261 de 2023, que:

*De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño **puede** dar lugar a*

¹ Ibidem.

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

*responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, **cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexa causal entre ésta y el daño.*** (Resaltado y negritas fuera del texto original)

En ese mismo hilo argumentativo se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto dentro de la radicación 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852) del 15 de noviembre de 2007 respecto del daño patrimonial originado en el pago de intereses moratorios, indicando:

*Así las cosas, encuentra la Sala que cuando una entidad u organismo público **por causa de la negligencia, el descuido, o el dolo de un servidor público,** a cuyo cargo esté la gestión fiscal de los recursos públicos, deba pagar una suma de dinero por concepto de intereses de mora, multas o sanciones, esa gestión fiscal no es susceptible de calificarse como eficiente y económica. Por el contrario, este tipo de erogaciones, como se analizará más adelante, representan para las entidades u organismos públicos deudores, gastos no previstos que afectan negativamente su patrimonio.* (Resaltado y negritas fuera del texto original)

Estos conceptos son arrimados al caso de marras por cuanto reflejan la necesidad de que en el caso en que se evidencie la presencia de pagos por los conceptos en cuestión, es deber del órgano fiscal demostrar que los mismos se presentaron en efecto como causa o con motivo de actuaciones de negligencia, descuido, dolo o culpa grave del servidor investigado, y no solamente de la mera existencia de los pagos, con la premisa de que ellos por sí mismos configuran un daño patrimonial.

En el caso que nos ocupa resulta claro que el órgano fiscalizador ha realizado un trabajo detallado para determinar la existencia de los pagos por conceptos de intereses por mora y recargos sobre facturas de servicios e impuestos, sin embargo, también es claro que la investigación se caracteriza por la orfandad probatoria con relación al ánimo o la forma en la que se dio la actuación de los funcionarios encargados de velar por el correcto manejo patrimonial de la entidad presuntamente afectada, y ello es así porque no se evidencia elemento alguno que deje entrever que se presentó, por ejemplo, una actuación dolosa de los investigados en el ejercicio de sus funciones, y en ausencia de dicha calificación, no es posible, a la luz de la jurisprudencia administrativa y los conceptos de la Auditoría General, que se estructure un daño patrimonial en el caso *sub examine*.

Por esta razón, y ante la evidente ausencia de determinación de la existencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar 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 se ha argumentado que resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del

proceso de responsabilidad fiscal No. 80052-2023-43833.

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.

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. 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.**³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

levísima o dentro del escenario en el que no se menciona la forma en la que se dio la actuación del investigado.

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los señores Juan Carlos Peláez Serna y Rosa Amelia Moreno Orrego puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se deben iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandado del artículo 63 del Código Civil, son nociones que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

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

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

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

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

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

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

“[!]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

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

*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** (...)*" (Resaltado y negrilla fuera del texto original)⁵

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas 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 material de convicción 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 presuntos responsables. En tal sentido lo único que se advierte de lo referido en el auto de apertura es la existencia y consideración de facturas de pagos por los conceptos que como ya se vio, no configuran por sí solos la existencia de un detrimento patrimonial. Más allá de dichas facturas, que lo único que revelan es el cumplimiento de los pagos a su cargo, no se puede establecer que de alguna manera haya habido relación directa con el desarrollo de las funciones como servidores y alguna actividad dolosa o gravemente culposa tendiente a beneficiar de cierta manera a los implicados o tendiente a evidenciar la falta supremamente descuidada en el cumplimiento de sus actividades.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, las cuales se pueden resumir en facturas de pago, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los señores Juan Carlos Peláez Serna y Rosa Amelia Moreno Orrego. Sin embargo, si por alguna razón el órgano de control llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

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

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

Antes de referirnos a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la

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

Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

En ese contexto, la vinculación del garante se encuentra circunscrita al riesgo amparado, pues de lo contrario, la norma ya mencionada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no cubiertos por ellas.

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el artículo 44 de la Ley 610 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)

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en las pólizas de seguro Nos. 1006211 y 1006354, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta, al punto que ni siquiera es uno de los documentos que forma parte del proceso, sino que apenas en la etapa de notificación de la entidad que represento, se le solicita acercar tal contenido al caso. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en las pólizas antes referidas.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de AXA Colpatria Seguros S.A., así:

A. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LOS SEGUROS DOCUMENTADOS EN LAS PÓLIZAS No. 1006211 Y 1006354

En el presente caso no existe cobertura temporal respecto de los seguros representados en las pólizas No. 1006211 y No. 1006354 por las cuales fue vinculada mi representada, pues como se puede advertir en su contenido, para las mismas se acordó como modalidad de cobertura, la de

descubrimiento, la cual está establecida en el párrafo primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, misma que a su vez está atada al seguro de manejo que impone como condición que la pérdida debe ser descubierta durante la vigencia del seguro. Es decir que nos encontramos en un escenario en el que la fecha o época del reclamo no resulta relevante, lo que realmente debe tenerse en cuenta en esta modalidad, es como se dijo, el descubrimiento de la pérdida.

Al respecto de la modalidad por descubrimiento de la que habla la norma en cita, ha dicho la Sección Primera del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Sentencia reciente de 20 de junio de 2024, que:

*A su turno, el artículo 4 de la Ley 389, señala que **en el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero**, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.* (Resaltado y negritas fuera del texto original)

(...)

*De este modo, en las pólizas globales de manejo, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia del seguro, aunque se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. **Esto constituye una excepción a la regla general que establece que la responsabilidad del asegurador solo surge cuando el siniestro se produce dentro del término de vigencia de la respectiva póliza**, y que admite que el hecho de la pérdida haya sido anterior a la iniciación de la cobertura del seguro, siempre que el conocimiento de este se produzca durante el término de su vigencia.* (Resaltado y negritas fuera del texto original)

Ahora bien, ello conlleva la necesidad de establecer en qué momento se debe considerar que se descubrió la pérdida. Al respecto el mismo pronunciamiento en cita trae a colación el criterio con el cual se debe entender descubierta la pérdida en los procesos de responsabilidad fiscal, como el que nos ocupa. En tal sentido dijo el H. Consejo de Estado:

161. Así, la póliza de seguro de manejo núm. 21-42-101000813 señalada estuvo vigente entre el 5 de julio de 2011 y el 10 de diciembre de 2012.

162. La parte demandada dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal correspondiente al radicado núm. 009/2012, mediante auto 2 de agosto de 2012. Luego, mediante auto de 11 de octubre de 2012, la parte demandada dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal con radicado núm. 0038/2012

163. De acuerdo con lo anterior, **la Sala advierte que el siniestro fue conocido por la parte demandada el 11 de octubre de 2012, fecha en la que se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal** al que se vinculó como tercero civilmente responsable a la parte demandante.

164. La Sala considera que, dado que el conocimiento del hecho materia del siniestro (2 de agosto de 2012 y 11 de octubre de 2012) se produjo durante la vigencia de la póliza de seguros globales de manejo, aunque los hechos hayan ocurrido con anterioridad, este queda cubierto por la póliza. **En otras palabras, el hecho ocurrió antes de la vigencia de la póliza y se descubrió durante su vigencia, por lo que se encuentra incluido en su cobertura**⁶. (Resaltado y negritas fuera del texto original)

Dicho lo cual queda claro que el momento que se debe atender por el juzgador para determinar la existencia de cobertura en un caso en que se pactó una póliza en la modalidad de “descubrimiento”, es el momento de esté respecto de la pérdida, y no propiamente el hecho que la causa.

En este contexto tenemos entonces que en el caso *sub examine*, las vigencias de las pólizas mediante las cuales se llamó en garantía a mi poderdante tuvieron lugar entre el 31 de octubre de 2021 al 12 de noviembre de 2022 para la póliza de manejo No. 1006211; y entre el 12 de noviembre de 2022 al 01 de enero de enero de 2023 para la póliza de manejo No. 1006354, tal como se aprecia en el auto de apertura:

<p>AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. NIT. 860.002.184-6</p> <p>Póliza 1006211 Clase de póliza: SEGURO MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL. Amparo: Cobertura global de manejo: \$ 1.500.000.000 Deducible: 20.00% del valor de la pérdida min.15.00 SMMLV. Fecha expedición: 28 de octubre de 2021 Vigencia: 31 de octubre del 2021 hasta el 31 de octubre del 2022 % participación: 20%</p> <p>Prórroga Póliza 1006211 Clase de póliza: SEGURO MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL. Amparo: Cobertura global de manejo: \$ 1.500.000.000 Deducible: 20.00% del valor de la pérdida min.15.00 SMMLV. Fecha expedición: 03 de octubre de 2022 Vigencia: 31 de octubre del 2022 hasta el 12 de noviembre del 2022. % participación: 20%</p> <p>Póliza 1006354 Clase de póliza: SEGURO MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL. Amparo: Cobertura global de manejo: \$ 1.700.000.000 Deducible: 15.00% sobre el valor de la pérdida min. 5.00 SMMLV. Fecha expedición: 11 de noviembre de 2022 Vigencia: 12 de noviembre del 2022 hasta el 01 de enero del 2023. % participación: 20%</p>
--

En ese contexto es acertado afirmar que las pólizas expedidas por Axa Colpatría Seguros S.A. para el caso en cuestión, tuvieron vigencia entre el 31 de octubre de 2021 al 01 de enero de enero de 2023, y que las mismas se pactaron en la modalidad de “descubrimiento”, y en esta lo relevante para que se dé la cobertura es que sea la pérdida la que se descubra en la vigencia, pero en el caso de marras dicha pérdida se descubrió tan sólo el 24 de octubre de 2024, fecha en la cual se dio el

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 20 de junio de 2024 C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación: 250002341000 2018 00434 01

auto de apertura que nos convoca, es decir fuera de la vigencia pactada, todo ello conforme a los criterios ampliamente explicados por el Consejo de Estado en las sentencias arriba referidas.

De esta manera se ha logrado dejar en evidencia que resulta jurídicamente improcedente la declaratoria de cobertura de las pólizas de Seguro No. 1006211 y No. 1006354 y por tanto la vinculación como tercero civilmente responsable a mí representada. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a AXA Colpatria Seguros S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 80052-2023-43833.

Ahora bien, en gracia de discusión se debe manifestar al despacho que AXA Colpatria Seguros S.A. ha acordado aceptar en coaseguro mediante la póliza No. 8001004071 certificado 2, un seguro de manejo que puede ofrecer cobertura al caso, lo cual deberá ser analizado por el despacho, toda vez que respecto de los contratos de seguros por los que se vinculó a mi representada, no se presenta la cobertura temporal como ya se explicó en el presente medio exceptivo.

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

Es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de

contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁷

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

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

[...]

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

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

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la Ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el

⁷ 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

documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 del 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza del presunto responsable, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores Juan Carlos Peláez Serna y Rosa Amelia Moreno Orrego se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a AXA Colpatria Seguros S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 80052-2023-43833.

C. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZAS DE SEGURO Nos. 1006211 y 1006354.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el órgano de control encuentre que el actuar de los presuntos responsables fue doloso y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que puede enmarcarse dentro de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, particularmente en el condicionado general para las pólizas globales de manejo del sector oficial MAP-002-008, las cuales cito a continuación:

IGUALMENTE, SE EXCLUYEN LAS PÉRDIDAS CAUSADAS POR LA COMISIÓN DE CUALQUIER DELITO O ACTO QUE GENERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS MENCIONADOS EN LA CLÁUSULA PRIMERA (AMPAROS) DE ESTE CONDICIONADO, EN QUE INCURRA UNO O VARIOS EMPLEADOS DEL ASEGURADO AL AMPARO DE SITUACIONES CREADAS POR ESTOS EVENTOS:

2.3. MULTAS O SANCIONES ADMINISTRATIVAS O DISCIPLINARIAS IMPUESTAS AL EMPLEADO Y/O A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA. TAMPOCO ESTARÁN CUBIERTOS LOS PROCESOS O CONDENAS QUE SOBREVENGAN COMO CONSECUENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE DICHAS MULTAS O SANCIONES.

(...)

2.9. PÉRDIDAS RESULTANTES DE FALTANTES DE CAJA. SALVO CUANDO LA CONDUCTA SE TIPIFIQUE COMO UNO DE LOS DELITOS CUBIERTOS POR LA PÓLIZA.

(...)

2.21. LUCRO CESANTE, PÉRDIDAS OPERACIONALES, PÉRDIDAS POR REBAJAS, FLUCTUACIONES, MODIFICACIONES O DIFERENCIA DE PRECIOS, **INTERESES O DIVIDENDOS.** (Resaltado y negritas fuera del texto original)

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación de AXA Colpatria Seguros S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 80052-2023-43833 que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que las pólizas en cuestión excluyen fehacientemente los hechos originarios de la acción fiscal, tal y como se argumentó.

D. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA 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 y sumado al hecho que las pólizas respecto de su cobertura indican claramente que tendrán por objeto amparar responsabilidad por actos o hechos no dolosos; 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 de los señores Juan Carlos Peláez Serna y Rosa Amelia Moreno Orrego, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. Lo anterior encuentra sustento en las condiciones contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

IGUALMENTE, SE EXCLUYEN LAS PÉRDIDAS CAUSADAS POR LA COMISIÓN DE CUALQUIER DELITO O ACTO QUE GENERE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS MENCIONADOS EN LA CLÁUSULA PRIMERA (AMPAROS) DE ESTE CONDICIONADO, EN QUE INCURRA UNO O VARIOS EMPLEADOS DEL ASEGURADO AL AMPARO DE SITUACIONES CREADAS POR ESTOS EVENTOS:

(...)

2.22. PÉRDIDAS RESULTANTES DE ERRORES DE GESTIÓN, O POR IMPRUDENCIA, IMPERICIA O NEGLIGENCIA IMPUTABLES A EMPLEADOS DE LA ENTIDAD ESTATAL **O QUE NO HAYAN SIDO COMETIDOS A TÍTULO DE DOLO.** (Subrayado y negritas fuera del texto original)

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 de los presuntos responsables

sí se enmarca en el dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a AXA Colpatria Seguros S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 80052-2023-43833, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., ALLIANZ SEGUROS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., CHUBB SEGUROS S.A. Y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Es importante mencionar, sin que tal manifestación pueda llegar a ser tenida en cuenta como aceptación alguna de responsabilidad por parte de mí representada o que pueda ser valorada en detrimento de los argumentos expuestos anteriormente, que conforme a las estipulaciones concertadas en el contrato de seguro que sirvió de fundamento para la vinculación de mí representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre: AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., ALLIANZ SEGUROS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., CHUBB SEGUROS S.A. Y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, de la siguiente manera:

- AXA COLPATRIA SEGUROS S.A: veinte por ciento **(20%)**
- ALLIANZ SEGUROS S.A: veintitrés por ciento **(23%)**
- MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A: diecisiete por ciento **(17%)**
- CHUBB SEGUROS S.A: diez por ciento **(10%)**
- LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS: treinta por ciento **(30%)**

(Cabe aclarar que dichos porcentajes se acordaron tanto para la póliza 1006211 como para la póliza 1006354).

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud de los contratos de seguro mencionados, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene:

“(...) 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. (...)”

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del artículo 1095 ibidem, que establece lo siguiente:

“(...) 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. (...)”

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada, en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mi procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas, y limitándose la responsabilidad de estas, en proporción con el porcentaje del riesgo asumido.

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

En el remoto e improbable evento en el que el órgano de control considere que las pólizas que hoy nos ocupan, sí prestan cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de AXA Colpatria Seguros S.A., exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

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

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

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

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

*enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización*⁸
(Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción del riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

- *Póliza 1006211. MANEJO GLOBAL ENT.OFICIALES-BASICO ENT.OFICIALES: Hasta por un máximo de **trescientos millones de pesos (300.000.000) moneda legal colombiana**, correspondientes al porcentaje de coaseguro asumido por mí representada, el cual como se dijo asciende al veinte por ciento (20%) del total asegurado que a su vez es: mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) moneda legal colombiana, repartido entre todas las aseguradoras aceptantes.*
- *Póliza 1006354. MANEJO GLOBAL ENT.OFICIALES-BASICO ENT.OFICIALES: Hasta por un máximo de **trescientos cuarenta millones de pesos (340.000.000) moneda legal colombiana**, correspondientes al porcentaje de coaseguro asumido por mí representada, el cual como se dijo asciende al veinte por ciento (20%) del total asegurado que a su vez es: mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000) moneda legal colombiana, repartido entre todas las aseguradoras aceptantes.*

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

G. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA DE LOS DEDUCIBLES PACTADOS

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo extenso del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta los siguientes deducibles pactados en los contratos de seguro:

- **Póliza No. 1006211:** veinte por ciento (20%) del valor de la pérdida y mínimo quince (15) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.
- **Póliza No. 1006354:** quince por ciento (15%) del valor de la pérdida y mínimo cinco (05) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

*“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.*

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación de los contratos de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuenta del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al rubro de: veinte por ciento (20%) del valor de la pérdida y mínimo quince (15) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, para la Póliza No. 1006211 y quince por ciento (15%) del valor de la pérdida y mínimo cinco (05) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, para la Póliza No. 1006354.

H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad 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 mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de la sentencia y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prolijada.

I. SUBROGACIÓN.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., realice algún pago en virtud de un amparo de las pólizas de seguro por las que fue vincula a este proceso, 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 condicionado - clausulado general de la póliza - y en concordancia con el artículo 1096 del Código de Comercio.

⁹ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores Juan Carlos Peláez Serna y Rosa Amelia Moreno Orrego, y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número PRF-80052-2023-43833 que cursa actualmente en la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, 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 las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354 no prestan cobertura temporal para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF-80052-2023-43833 que cursa actualmente en la Contraloría General de la República, Gerencia Departamental Colegiada de Antioquia.

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 por mi representada, en cuantía de trescientos millones de pesos (300.000.000) moneda legal colombiana, correspondientes al porcentaje de coaseguro asumido por mí representada, el cual como se dijo asciende al veinte por ciento (20%) del total asegurado que a su vez es: mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000) moneda legal colombiana, repartido entre todas las aseguradoras aceptantes respecto de la Póliza 1006211 o en cuantía de trescientos cuarenta millones de pesos (340.000.000) moneda legal colombiana, correspondientes al porcentaje de coaseguro asumido por mí representada, el cual como se dijo asciende al veinte por ciento (20%) del total asegurado que a su vez es: mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000) moneda legal colombiana, repartido entre todas las aseguradoras aceptantes respecto de la Póliza 1006354; así como el deducible concertado para las 2 pólizas, respecto del amparo de manejo global (fallos con responsabilidad fiscal), la disponibilidad del valor asegurado para ambas pólizas, las exclusiones contenidas en el contrato de seguro, y las demás condiciones generales y particulares anteriormente expuestas.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de las Pólizas de Seguro Nos. 1006211 y 1006354 con su condicionado general.
- 1.2. Póliza de seguro de manejo (coaseguro aceptado de la póliza líder 1006354) expedido por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. No. 8001004071 (certificados 0, 1 y 2).

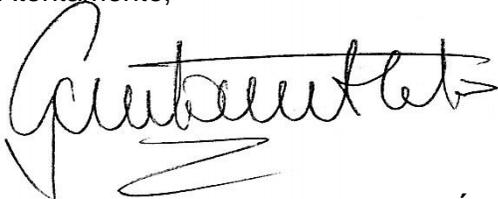
- 1.3. Póliza de seguro de manejo (coaseguro aceptado de la póliza líder 1006211) expedido por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. No. 8001003646 (certificados 3, 4, 5, 6 y 7).
- 1.4. Certificado de Existencia y Representación Legal de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
- 1.5. Poder de representación a mí conferido.

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

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito, en Cali, Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Centro Empresarial Chipichape y en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co.
- Mi procurada, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., recibirá notificaciones en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@axacolpatria.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.