

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI
DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: 1900.27.06.24.1700
ENTIDAD AFECTADA: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
PRESTUNTOS RESP.: LUZ ADRIANA VASQUEZ TRUJILLO
TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, conforme al poder adjunto, de manera respetuosa procedo a pronunciarme respecto del auto de apertura No 1900.27.06.24.209 del 19 de noviembre de 2024, por medio del cual se abrió un proceso de responsabilidad fiscal y se vinculó a mi representada en virtud de la PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, 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

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades en la construcción de obras de pavimento en la vereda cabecera tramo vial la “y”-arrayanes en el corregimiento de MONTEBELLO, comuna 64 del Distrito Especial de Santiago de Cali, dado que se encontró que la obra presenta deterioro en tramos que no han sido reparados, como tampoco, según lo descrito por la Contraloría, se evidencia accionar de la Secretaría para afectar la póliza de Cumplimiento No 11- 44 101176909 expedida por Seguros del Estado a favor de entidades estatales.

La Contraloría General de Santiago de Cali realizó “Actuación Especial de Fiscalización- Denuncia Fiscal N°. 183-2024- Radicado V.U: 100014852024, de abril 18 de 2024”. El Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, fue elaborado por la Dirección Técnica ante el Sector Físico, en el cual se determinó que el contrato de obra N°4151.010.26.1.1487-2021, cuyo objeto consistió en: “Realizar la construcción de obras de pavimento en la vereda cabecera tramo vial la “y”- arrayanes en el corregimiento de MONTEBELLO, comuna 64 del distrito de Santiago de Cali”, por valor de \$714’246.610 con acta de recibo final de septiembre 14 de 2022, presenta deterioro en tramos que no han sido reparados, como tampoco se evidencia accionar de la Secretaría para afectar la póliza

de cumplimiento N° 11- 44 - 101176909 expedida por Seguros del Estado a favor de entidades estatales, tipo de amparo Estabilidad de la Obra cobertura 30% por \$190,354,194.00, con vigencia desde 31 de diciembre de 2021 hasta 31 de diciembre de 2026. Tal hallazgo fue remitido a por el Dr. PEDRO ANTONIO ORDÓÑEZ, Contralor General de Santiago de Cali, mediante oficio No. 1300.19.01.24.256 del 18 de septiembre de 2024, Radicación No. 100038662024 del 06/09/2024, recibido a través de correo electrónico el 18 de septiembre de 2024.

Así, a través de Auto No 1900.27.06.24.209 del 19 de noviembre de 2024 se decidió dar apertura al proceso que hoy nos ocupa por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$18.788.792) M/CTE.**, vinculando como presunto responsable fiscal a la siguiente persona:

- Luz Adriana Vásquez Trujillo, en su calidad de Secretaria de Despacho– Infraestructura y Mantenimiento Vial.

Con base en lo anterior, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la presunta responsabilidad de los sujetos procesales en cita, para también verificar sí 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.

Frente a la vinculación de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, tomada por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha póliza de seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la mismas no presta cobertura en el caso concreto, pues, no se ha acreditado la realización del riesgo asegurado, en la medida que no se han probado los elementos de la responsabilidad fiscal.

Es por esto que resulta de suma importancia ponerle de presente al órgano de control 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 la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, 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

Para establecer y reconocer la responsabilidad fiscal en un proceso de esta naturaleza, es fundamental contar con pruebas contundentes que demuestren de manera inequívoca los elementos constitutivos de dicha responsabilidad. Estos elementos incluyen la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, la ocurrencia de un perjuicio patrimonial al Estado y la existencia de un vínculo causal entre los elementos mencionados

anteriormente. En Colombia, el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, establece de manera clara y precisa estos requisitos para la configuración de la responsabilidad fiscal:

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 conclusión, los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, según el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, son una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre ambos elementos. En concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente la sentencia del 22 de febrero de 2018, se reafirma la importancia de que en el procedimiento se cumplan tres características: la existencia comprobada y cuantificada del daño al patrimonio público como elemento objetivo, la evaluación de la actuación del gestor fiscal en términos de culpa como elemento subjetivo, y la comprobación de una relación causal entre el actuar del gestor fiscal y el daño al patrimonio público.

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. Por tanto, se solicita respetuosamente al órgano de control fiscal considerar el archivo del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el radicado No. **1900.27.06.24.1700.**

A. INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

No existe material probatorio que sustente la existencia de un daño patrimonial, como quiera que se manifiesta por parte del órgano de control, hallazgos fiscales en la ejecución del contrato de obra No 4151.010.26.1.1487-2021, porque supuestamente no se garantizó oportunamente la afectación de la póliza de cumplimiento de obra y los trámites necesarios para la afectación de la misma. No obstante, dicha conducta no acarrea un daño patrimonial, pues, está probado dentro del plenario que ya se inició el procedimiento sancionatorio contractual de cumplimiento para afectar la correspondiente garantía. Igualmente, en caso de que el daño sea consecuencia del mal uso de la ciudadanía y causas naturales, es muy probable que la póliza de cumplimiento no pueda ser

afectada, siendo una circunstancia no imputable al contratista, por ello, no puede existir responsabilidad fiscal por el mal uso de la obra que esté realizando la ciudadanía.

Es menester reiterar que el daño patrimonial al Estado se encuentra configurado como un requisito indispensable para la declaratoria de responsabilidad fiscal, al respecto el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, establece de manera clara y precisa tales requisitos:

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.

Asimismo, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia ha sido muy claro sobre el daño patrimonial como elemento de la responsabilidad fiscal, al respecto, ha indicado lo siguiente:

Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal la autoridad competente debe tener en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Ahora bien, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se configura sin perjuicio de otra clase de responsabilidad. Visto el artículo 5.º ejusdem, los elementos de la responsabilidad fiscal son los siguientes:

Un daño patrimonial al Estado, entendido como la lesión del patrimonio público por el menoscabo, la disminución, el perjuicio, el detrimento, la pérdida o el deterioro de bienes o recursos públicos y de intereses patrimoniales públicos, generada por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías [...]. (Consejo de Estado, 2024, rad. 250002341000 2018 00434 01)

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.

Ahora bien, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado. En el presente caso que aquí nos convoca no se ha configurado los elementos *sine qua non* para que se estructure una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, ya que el ente de control evoca supuestas irregularidades en la ejecución y entrega de un contrato de obra en la vereda cabecera tramo vial la “y”- arrayanes en el corregimiento de Montebello, comuna 64 del Distrito Especial de Santiago de Cali. No obstante, tales afirmaciones desconocen que al momento en que se entregó la obra, esta no presentaba ningún imperfecto. Además, en concordancia con el registro fotográfico que se entregó aportado en la respuesta a las observaciones del Informe Preliminar emitido por el Distrito Especial de Santiago de Cali con radicado No. 202441510200017021 del 29 de agosto de 2024, se pudo constatar que en la obra pública objeto de auditoria se realizaron actividades de excavación, escarificación, conformación y compactación de la sub rasante para la instalación de la sub-base granular, su respectiva compactación, e instalación de la emulsión asfáltica y carpeta asfáltica, y que fueron

recibidas conforme a las especificaciones técnicas requeridas en los pliegos de condiciones que refieren al cumplimiento de los parámetros exigidos por el INVIAS.

Además, se debe tener presente que la afectación de la póliza de cumplimiento, conforme a la respuesta del Distrito antes mencionada, se realiza cuando existe unos perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción. Pero se resalta que, según tal respuesta, se expresaron diversos factores dentro de los cuales todavía no se tiene certeza que realmente sean imputables al contratista, como erróneamente se estableció en el auto de apertura, pues, al parecer la ciudadanía está realizando un mal uso de la obra, junto a causas naturales.

Por tanto, en el presente asunto no se encuentra acreditado tan siquiera sumariamente la existencia de un daño patrimonial por una mala gestión fiscal de la presunta responsable, dado que el deterioro de la vía se presentó mucho tiempo después de su entrega, y probablemente tenga origen en el mal uso de la ciudadanía y causas externas naturales, las cuales no se tiene certeza que realmente sean imputables al contratista y que no permitirían la afectación de la póliza de cumplimiento; aunque ya haya comenzado el procedimiento sancionatorio contractual de cumplimiento.

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

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

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

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

¹ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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

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

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

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).² (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:

² 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

“[L]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)**” (subrayado y negrilla fuera del texto original)³

En otras palabras, para endilgar responsabilidad fiscal a las personas vinculadas como presuntos responsables, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al órgano de control que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la presunta responsable, identificada como:

- Luz Adriana Vasquez Trujillo, en calidad de Secretaria de Despacho Infraestructura y Mantenimiento Vial.

Se debe tener presente que la sra Luz Adriana Vásquez Trujillo no tiene dentro de sus funciones la de verificar tiempo después de entregadas, el estado de todas las obras que se realizaron en el Distrito, ni se evidencia que al momento de ser entregadas las obras del contrato de obra N°4151.010.26.1.1487-2021 estas hayan estado en mal estado, inclusive, de la respuesta a las observaciones del Informe Preliminar emitido por el Distrito Especial de Santiago de Cali con radicado No. 202441510200017021 del 29 de agosto de 2024, es claro que la obra se entregó en óptimas condiciones y respetando los reglamentos vigentes para la fecha. No está demás resaltar que las afectaciones probablemente tienen orígenes externos, por el uso inadecuado y por factores naturales. No obstante, dentro de la misma respuesta se evidencia que si se inició el proceso sancionatorio contractual de cumplimiento, contrario a lo que afirma el órgano de control. Así las cosas, es necesario que cuando el órgano de control fiscal entre a analizar la conducta de la presunta responsable, tenga en cuenta estos argumentos para determinar que en esta no se encuentra ni se enmarca un patrón de conducta doloso o gravemente culposo. Sin embargo, si por alguna razón la Contraloría concedora de este proceso llega a considerar que sus actuaciones contienen 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 de la implicada, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

C. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL

Además de encontrarse acreditado en el asunto bajo análisis la ausencia de una conducta dolosa o culposa de la presunta responsable fiscal y la carencia de un daño patrimonial, se tiene que, adicionalmente, no es posible concretar un nexo de causalidad entre el daño y la conducta que pretende endilgarse a quien la Contraloría señala como presunto responsable.

Es trascendental traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado sobre el nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad fiscal, sobre todo la importancia de este, así:

En materia de responsabilidad fiscal la Sala estima necesario acudir a los fundamentos que se han ocupado del estudio de la causalidad, por tratarse de una responsabilidad de carácter subjetivo, siendo uno de los elementos constitutivos, como líneas atrás se dijo, el nexo causal, que se entiende como la relación entre el daño al patrimonio público y la conducta activa u omisiva, dolosa o gravemente culposa, de un agente que realiza gestión fiscal. Lo anterior dada la naturaleza de este proceso que es de carácter administrativo, subjetivo, patrimonial y resarcitorio, exigencia que tiene que ver con la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes materia del detrimento en grado de intervención directa o a guisa de contribución. (Consejo de Estado, 2020, Rad. 25000 23 41 000 2013 02566 01)

Es menester resaltar que en el caso concreto no se evidencia que la presunta responsable del hecho haya intervenido directa o a guisa contribución en el supuesto detrimento, nótese que de la respuesta a las observaciones del Informe Preliminar emitido por el Distrito Especial de Santiago de Cali con radicado No. 202441510200017021 del 29 de agosto de 2024, se evidencia que la obra sí fue entregada bajo los parámetros y estándares establecidos en su contratación, no obstante, debido a filtraciones, mal uso de la vía por parte de la ciudadanía y alto flujo vehicular, la vía se deterioró; esto, por lo tanto, no puede ser imputable a la presunta responsable, dado que son situaciones no previsibles que no hacían parte del contrato y que comprometieron la obra.

Por esta razón, ante la inexistencia inicialmente de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la presunta responsable, y que ésta haya contribuido para la realización del detrimento patrimonial, 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 la investigada, motivo por el cual resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que **ARCHIVAR** el presente proceso.

III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura 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 Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, el órgano de control omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales de los contratos 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:

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

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 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 la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 100074 (certificado interno No 3000470)**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, así:

A. AL TENER LA PÓLIZA UNA MODALIDAD DE COBERTURA POR *DESCUBRIMIENTO*, LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 100074 (certificado interno No 3000470) NO OFRECE COBERTURA TEMPORAL.

La póliza por medio de la cual se vinculó a mi representada fue expedida bajo la modalidad denominada **descubrimiento**, lo que quiere decir que la notificación a los asegurados del auto de apertura debía hacerse dentro de su vigencia, sin embargo, la póliza no se encontraba vigente para la expedición del auto de apertura y mucho menos se descubrió el supuesto detrimento en vigencia de la póliza.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguradora son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente. Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. Por último, se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones: que el interesado haya presentado su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, que los hechos por los que se reclama ocurran dentro del período de vigencia o de retroactividad pactado.

Específicamente la modalidad de cobertura por **descubrimiento** tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. Con la nombrada norma se introdujo esta nueva figura, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios que se descubran en vigencia de la póliza. La respectiva norma establece lo siguiente:

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". (negrita adrede) (Negrillas y subrayados por fuera del texto original)

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido de manera muy concreta cuando se debe entender por ocurrido el descubrimiento en los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las diferentes contralorías, indicando que el mismo se genera cuando se expide y notifica el auto de apertura del proceso. Miremos:

En ese sentido, el descubrimiento se da cuando el asegurado se haya enterado de hechos o circunstancias que llevarían a que una persona razonable considerara que ha ocurrido o va a ocurrir una pérdida de las que se encuentran amparadas por el seguro, **lo que se da en el momento en que se da la apertura del proceso de responsabilidad fiscal**. (Consejo de Estado, 2024, rad. 250002341000 2018 00434 01) (Negrillas y subrayados por fuera del texto original)

Ahora bien, analizando el caso concreto tenemos que la vigencia de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, se pactó desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 y fue prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, sin embargo, el auto de apertura No 1900.27.06.24.209 fue expedido el 19 de noviembre de 2024, y notificado a mi procurada el 21 de noviembre de 2024 con la comunicación que le fue dirigida. Esto significa que el supuesto daño patrimonial fue descubierto con posterioridad a la expiración de la vigencia del seguro. Así las cosas, es evidente la falta de cobertura temporal de la misma, inclusive, en el aleatorio evento que la Contraloría entendiera que la cobertura de la póliza opera por *claims made*, pues se reitera que, en este hipotético escenario, la reclamación del evento se produjo por

fuera de la vigencia del seguro, habida cuenta que, el auto de apertura y su posterior notificación a la compañía aseguradora, datan del 19 y 21 de noviembre de 2024, es decir, por fuera del plazo convenido en el contrato de seguro, el cual culminó el 15 de noviembre de 2024.

Se puede concluir que la póliza de seguro vinculada cuya vigencia abarca desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 y fue prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024 no ofrece cobertura temporal, pues, el descubrimiento de las supuestas pérdidas se realizó posterior a la vigencia de la póliza, siendo así, el auto de apertura fue expedido el 19 de noviembre del 2024 y notificado el 21 de noviembre de la misma anualidad, esto es, días después de la finalización del contrato de seguro.

B. INEXISGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO CONVENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3000470)

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el ente de control endilgar a los presuntos responsables. Lo anterior, toda vez que la Contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar que la causación del presunto detrimento patrimonial se deba a una conducta dolosa o culposa de la presunta responsables. En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Como no se ha realizado el riesgo en los términos del artículo 1072 del C.Co., debe absolverse de toda responsabilidad a la compañía aseguradora.

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

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

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

Como puede evidenciarse, no basta con que se interponga una reclamación o demanda en contra del asegurado para que la aseguradora se vea obligada al reconocimiento de una indemnización a favor de ésta. Además, es necesario que la primera haya incurrido en responsabilidad debidamente acreditada y en los términos o por las causas estipuladas en la póliza contratada. En suma, se requiere que los servidores públicos relacionados en la póliza hayan cometido un acto erróneo. Este conjunto de condiciones es lo que se define como siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado de acuerdo con lo normado en el artículo 1072 del Código de Comercio.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que:

1. Objeto del seguro

Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delitos contra la administración pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición o reconstrucción de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario.

Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)** entrará a responder, si y solo sí, se causa una pérdida patrimonial al asegurado, por parte de alguno de sus servidores públicos, como consecuencia de actos o hechos no dolosos, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

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

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)** que sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a mi procurada. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los investigados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el expediente No **1900.27.06.24.1700**.

C. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3000470)

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el órgano de control fiscal encuentre que el actuar de quien se tiene por presuntos responsables fiscales fue doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, se

decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que en las condiciones generales de la póliza de seguro se incluyeron varias exclusiones, que en caso de que se logren acreditar en el presente proceso, dicha póliza no podría verse afectada.

De llegarse a configurar alguna situación excluida de cobertura, no se generará obligación alguna en contra de mi representada. Es importante recordar que en materia de seguros, el asegurador, según el artículo 1056 del C. de Co. “[...] podrá, a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado o la cosa asegurados [...]”, por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera o es efectivo, las causales de exclusión o en general las de exoneración, además de las de origen legal, etc., y por tanto, son esos los parámetros a los que tiene que sujetarse el órgano de control fiscal al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza.

Es pertinente entonces tener presente que, entre los elementos esenciales del contrato de seguro, está el de la obligación condicional del asegurador (Art. 1045 C. Co.), cuál es la de indemnizar y que ella sólo nace con el cumplimiento de esa condición suspensiva (Art. 1536 C.C.), al realizarse el riesgo asegurado que se ha estipulado, con las restricciones legales (Art. 1054 C. Co.).

Es importante tener en cuenta que las obligaciones del asegurador están determinadas por las condiciones de la póliza, por lo tanto, el órgano de control debe basarse en lo establecido en dichas condiciones generales y particulares del contrato de seguro. Es fundamental recordar que el contrato de seguro implica una obligación condicional por parte del asegurador, es decir, la obligación de indemnizar una vez que ha ocurrido el riesgo asegurado (Artículos 1045, 1536 y 1054 del Código de Comercio). En consecuencia, si durante el proceso se prueba una excepción válida, la compañía aseguradora quedará eximida de cualquier obligación de indemnización.

Así, con fundamento en el condicionado general y particular de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)** tenemos que se pactaron unas series de exclusiones, tal y como se puede apreciar en la página 9 del clausulado particular:

Riesgos excluidos

En materia de riesgos excluidos el DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI acepta únicamente los expresamente mencionados como exclusiones absolutas de cobertura las que figuran en el texto del condicionado general depositado por la Aseguradora en la Superintendencia Financiera con anterioridad no inferior a quince (15) días hábiles al cierre del proceso y la Exclusión por COVID-19. Serán válidas las exclusiones relativas consignadas en los mencionados condicionados generales solo cuando no contradigan las condiciones técnicas básicas habilitantes del presente proceso, en cuyo caso prevalecerán las condiciones técnicas básicas habilitantes.

Aunado a esto, deberá aplicarse igualmente los riesgos excluidos del clausulado general, teniendo presente que dicho clausulado hace parte íntegra del contrato de seguro celebrado.

En el evento en que los hechos investigados sean objeto de alguna exclusión, deberá reconocerse por el órgano de control fiscal y aplicar los efectos jurídicos correspondientes, esto es, que no podrá existir obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora, como quiera que tal riesgo estaba expresamente excluido.

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

A partir del análisis previo, en el cual se estableció que para configurar la responsabilidad fiscal es necesario demostrar de manera fehaciente la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del gestor, es importante resaltar que, incluso en el improbable caso de que se pueda probar una conducta dolosa o gravemente culposa por parte de los presuntos responsables, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** no tiene la obligación de asumir responsabilidad patrimonial en este caso.

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, es claro que no se podrán ordenar hacer efectiva la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, por cuanto dicho riesgo no es asegurable. No hay que olvidar que el artículo 1055 del Código de Comercio, determina igualmente que el dolo y la culpa grave no son riesgos asegurables, y que cualquier estipulación en contrario no producirá efecto jurídico alguno. Por tanto, no solo el dolo es excluido en virtud de la estipulación contractual, sino que también porque el Código de Comercio lo excluye, y bajo la disposición indicada tanto el dolo como la culpa grave son riesgos inasegurables.

En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a la aseguradora del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente **1900.27.06.24.1700**, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. 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 la póliza que hoy nos ocupa, sí presta 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 la aseguradora, 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 realización⁴ (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:

AMPAROS Y COBERTURAS			
DESCRIPCION		SUMA ASEGURABLE	
DINEROS Y TITULOS VALORES		\$	1,000,000,000.00
COBERTURAS	VALOR ASEGURABLE	VALOR ASEGURADO	SUBLIMTE
(1119) MANEJO	\$ 1,000,000,000.00	\$ 1,000,000,000.00	\$ 0.00

No está demás aclarar que el porcentaje aceptado por mi representada es del 12%, por lo que el valor asegurado específicamente por **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** consignado en el amparo de manejo oficial y que se evidencia en el contenido del **certificado interno No 3000470**, es el siguiente:

AMPAROS CONTRATADOS			
No. Amparo		Valor Asegurado	AcumVA
1	COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	120,000,000.00	SI 2

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por tanto, en el remotísimo evento en el que se encuentre configurada la responsabilidad fiscal de la presunta responsable y se decida afectar la póliza mediante la cual fue vinculada mi procurada al presente proceso de responsabilidad fiscal, no se debe olvidar que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** solo estará obligada a responder hasta el límite del valor asegurado en el respectivo contrato de seguro, esto es, la suma de **\$120.000.000 Pesos M/cte**, monto que resulta de su participación porcentual de acuerdo al coaseguro aceptado (12%).

F. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD CONTENIDA EN LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3000470).

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero civilmente responsable, revela que la misma fue tomada por el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** bajo la figura del coaseguro, por consiguiente, mi representada solamente debe responder hasta el porcentaje pactado dentro del contrato y no de manera solidaria con las coaseguradoras.

El artículo 1092 del Código de Comercio, al respecto, estipula que *“En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual establece *“las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas, tal como ha sido señalado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 2022, que reza: *“Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas[...]”* (Consejo de Estado, 2022, 25000232600020110122201 (50.698)).

Una vez detallada la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, se puede evidenciar que en la misma se pactó la modalidad de coaseguro, distribuyéndose el riesgo entre las siguientes compañías: **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (12.00%)**, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA (19.00%)**, **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. (32.00%)**, y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. (17.00%)**.

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las

coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, únicamente podrá responder hasta el **12%**.

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fuera viable afectar el contrato de seguro mediante el cual fue vinculada mi prohijada, podría condenársele por lo que le corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende de la lectura del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

G. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un fallo con responsabilidad y ante una condena en contra de mi procurada, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

H. SUBROGACIÓN

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

En atención a todo lo expuesto, solicito:

IV. PETICIONES

PRIMERO: Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número radicado **1900.27.06.24.1700** que cursa actualmente en **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI-DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**, 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 de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

SEGUNDO: Adicionalmente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de la compañía, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SSEGUROS**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la **PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (certificado interno No 3000470)**, no cuenta con cobertura temporal por las razones antes expuestas para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número radicado **1900.27.06.24.1700**, que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI-DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**.

Subsidiariamente:

- A.** 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, la disponibilidad del valor asegurado, las exclusiones pactadas y el porcentaje de participación por el coaseguro aceptado (12%).

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- Poder que me faculta para actuar como apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.
- Certificado de existencia y representación legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**
- Copia de la carátula, el condicionado particular y general de la **PÓLIZA DE SEGUROS MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL No 3000470**, la cual se expidió en virtud de la Póliza Líder No 1000074.
- Copia de la carátula, el condicionado particular y general de la **PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074**.

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.

PRUEBAS DE OFICIO

Solicito se oficie a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** con el fin de que alleguen con destino a este expediente: certificado de disponibilidad del valor asegurado en la **PÓLIZA DE SEGUROS MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL No 3000470**, la cual se expidió en virtud de la Póliza Líder No 1000074.

VI. NOTIFICACIONES

A mi poderdante y el suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35 N – 100 Oficina 212 Edificio Centro Empresarial Chipichape en la ciudad de Cali y al correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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