

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI
DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Atn: Dr. Luz Arianne Zúñiga Nazareno

Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal

Correo: responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co, respo_fiscal@contraloriacali.gov.co y doresponsabilidadfiscal@contraloriacali.gov.co

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: 1900.27.06.24.1714

ENTIDAD AFECTADA: EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

VINCULADA: SANDRA PATRICIA ESCOBAR GUTIÉRREZ

TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS Y OTRA

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 **LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS** sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y crédito Público, con domicilio en la ciudad Bogotá, identificada con NIT. 860.002.400-2 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 la Póliza de Manejo No. 23347830 (como coaseguradora) y la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022 (como líder), 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 evidenciadas en un bien inmueble asignado a la Unidad Estratégica de Telecomunicaciones de EMCALI E.I.C.E. E.S.P, que presenta deterioro en paredes y pisos, generando afectación al bien público, como resultado de la falta de gestión y control de parte de la Unidad de Gestión Administrativa de Mantenimiento de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en la vigencia 2023.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 1900.27.06.24.227 de 03 de diciembre de 2024 se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **Veinticuatro millones trescientos veintitrés mil novecientos treinta y siete pesos (\$24.323.937) m/cte. Sin indexar**, vinculando como presunta responsable fiscal a la señora **Sandra Patricia Escobar Gutiérrez** en su calidad de Jefe de Unidad de Gestión Administrativa.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad del sujeto procesal antes mencionado, 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 **LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS** en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Manejo No. 23347830 en calidad de coaseguradora, cuya vigencia corrió entre el 20 de noviembre de 2023 y el 19 de noviembre de 2024, con modalidad “descubrimiento”, la cual fue tomada por parte de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022 en calidad de líder, cuya vigencia corrió entre el 20 de noviembre de 2023 y el 19 de noviembre de 2024 con retroactividad pactada desde el 31 de diciembre de 2005 dado que se acordó en modalidad Claims Made, la cual fue tomada por parte de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría conocedora 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 Honorable Juzgador, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA 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

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 At. 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 honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. 1900.27.06.24.1714.

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. (Negrillas y resaltado 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”. (Negrillas y resaltado 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*
(Negrillas y resaltado 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 producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso.

En este orden de ideas, se debe reseñar que en las consideraciones del auto que ordena la apertura del proceso que nos ocupa, se expone que el hallazgo encuentra sustento en que un bien inmueble presentó deterioro por falta de mantenimiento y ello evidencia la “falta de gestión y control por parte de la Gerencia de la Unidad de Negocio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y la Unidad de Gestión Administrativa de Mantenimiento”, dado que en su criterio presentó “filtraciones de agua en la parte superior de los bajantes, humedad en las paredes y pisos de la bodega de la sede de Almagrario, así como láminas opacas por la exposición continua a los rayos solares, en cantidad total de 180 tejas, generando afectación al bien público por causas distintas al deterioro natural”.

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.

Sin embargo, podemos observar que, ante el escenario evidenciado por el hallazgo, la entidad juzgadora no tomó una acción encaminada a determinar si efectivamente dichas condiciones del bien, más allá de si existen o no, son producto de un deterioro injustificado o si son producto de un deterioro natural a causa del uso, de las condiciones climáticas y/o de la exposición a fenómenos climáticos o meteorológicos. Dicha situación resulta relevante para el caso, pues es la naturaleza misma del deterioro la que permite determinar si el mismo es producto de una acción u omisión, y en tal sentido si es posible endilgar responsabilidades a su causa.

Como la anterior situación no se da y el ente fiscalizador acude a valerse única y exclusivamente en el informe que se le presentó, el cual carece de los requisitos técnicos que pudiese tener, por ejemplo, un estudio pericial que determine efectivamente las causas del estado del bien, y no simplemente inferirlo de una revisión superficial adelantada por personal que seguramente no cuenta con la experiencia y experticia requerida para el caso.

En este contexto es dable asegurar que por parte del ente encargado de dirimir el caso, no se ha logrado establecer que el detrimento al que hace alusión, tiene un sustento técnico que permita inferir que su causa tuvo lugar en las omisiones o extralimitaciones de la persona investigada, y en tal sentido, ante la falta de tal determinación, no es posible predicar la existencia de un detrimento patrimonial, el cual es requisito indispensable para la adjudicación de responsabilidad fiscal, pues parafraseando lo contenido en los artículos 6 y 7 de la Ley 610 del 2000, el daño patrimonial es una lesión al patrimonio público, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna aspectos que no se dan en el presente asunto, lo cual se explicará más adelante, y solo se podrá hablar de daño patrimonial, cuando éste se dé por causas distintas al desgaste natural.

De esta forma se ha argumentado que resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No 1900.27.06.24.1714.

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE

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 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 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 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**³ (Negrilla y subrayado 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 levísima.

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez 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

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

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:

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁵

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a la persona previamente identificada, 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, como el argumento esencial en este caso es que se advierte falta de control en el mantenimiento del bien inmueble, es correcto manifestar que ello se desvirtúa dado que dicha falta de mantenimiento, de haberla, ocurre por ausencia de recursos que pudiesen ser destinados para tal fin, lo cual se presenta toda vez que como bien expone Emcali en su respuesta allegada al ente fiscalizador *“este proceso (el de conservación) solo puede ser posible cuando las Unidades de Negocio o el Corporativo, apropian los recursos económicos para los diferentes gastos de funcionamiento, sin embargo, estos recursos son asignados dependiendo de los estados financieros de la Unidad de Negocio, lo cual solo hasta el mes de julio de 2024, le fue posible a la GENTE apropiar 200 millones de pesos para la atención de sus sedes”* (Negrillas y resaltado fuera del texto original).

Ello hace especial relación a una situación en la que es el aspecto presupuestal y no propiamente

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

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

una omisión de la investigada, el que llevó a que las acciones tendientes al cuidado y mantenimiento del bien, se presentarán, desligando totalmente la responsabilidad fiscal en el caso, pues nos encontramos ante la configuración de los elementos del principio general del derecho que reza que “*nadie está obligado a lo imposible*”, lo cual por supuesto se aplica en la materia del caso de marras y consecuentemente elimina la posibilidad de considerar la existencia de una actuación dolosa o gravemente culposa.

Sobre el argumento en cuestión de que nadie está obligado a lo imposible, éste ha sido aplicado por la Corte Constitucional en diferentes oportunidades. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-337 de 1993 al declarar la exequibilidad parcial del artículo 107 de la Ley 21 de 1992, anual de presupuesto, consideró que por imposibilidad fáctica el Gobierno de ese entonces no estaba obligado a presentar ante el Congreso la Ley del Plan Nacional de Desarrollo en cumplimiento del artículo 341 de la Carta. Lo importante de la decisión resulta ser el argumento de la Corte, pues dijo en el citado fallo:

*(...) Resulta, entonces, aplicable al caso sub-examine el aforismo que dice que “nadie está obligado a lo imposible”. Lo anterior se justifica por cuatro razones: “a) Las obligaciones jurídicas tienen un fundamento en la realidad, ya que operan sobre un plano real; de ahí que realizan siempre una acción o conservan una situación, según sea una obligación de dar o hacer -en el primer caso- o de no hacer -en el segundo-. Ese es el sentimiento de operatividad real de lo jurídico. Lo imposible, jurídicamente no existe; y lo que no existe no es objeto de ninguna obligación; por tanto, la obligación a lo imposible no existe por ausencia de objeto jurídico. b) **Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo.** c) El fin de toda obligación es construir o conservar -según el caso- el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural. d) Toda obligación jurídica es razonable. Ahora bien, todo lo razonable es real o realizable. Como lo imposible no es real ni realizable, es irracional, lo cual riñe con la esencia misma de la obligación. De acuerdo con lo anterior, es irracional pretender que el Estado deje de cumplir con los deberes esenciales a él asignados -que son, además, inaplazables- por tener que estar conforme con las exigencias de uno o varios preceptos constitucionales que, en estas circunstancias, resultan imposibles de cumplir.* (Negrillas y resaltado fuera del texto original)

Lo anterior es claramente aplicable al caso *sub examine* en la medida en que en el proceso no está demostrado, ni tan siquiera insinuado que dentro de las facultades y/u obligaciones de la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez en su calidad de Jefe de Unidad de Gestión Administrativa, estuviesen las relacionadas con apropiaciones presupuestales, lo que por sustracción de materia implica que el desarrollo de sus actuaciones resulta limitado, sobre todo las que requieren indefectiblemente presupuesto para ser adelantadas, y como para el caso es claro que el mantenimiento del bien inmueble requería un presupuesto el cual sólo fue destinado hasta el mes de julio de 2024, es claro que la responsabilidad de dichas acciones para la vigencia de 2023 no era de la investigada, y ante esta realidad, es inapelable tener que acudir a las consideraciones de

la Corte en la sentencia ibídem, respecto de que *“nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural”* lo que a su vez desestima la posibilidad de considerar actuaciones que ni siquiera fueron negligentes, como dolosas o gravemente culposas.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho 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. 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.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la presunta responsable, 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 por lo 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 LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

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 Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro, tan es así, que es apenas hasta el resuelve del auto de apertura en que se pide a la aseguradora que allegue copia del contenido del contrato asegurativo. 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 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 de 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 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, es 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 Manejo No. 23347830 ni en Póliza Responsabilidad Civil No. 1020022, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de estas, 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 tales contratos al proceso de responsabilidad fiscal de marras. 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 La Previsora S.A. Compañía de Seguros, así:

A. AL TRATARSE DE UNA MODALIDAD *CLAIMS MADE* O POR RECLAMACIÓN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1020022 NO OFRECE COBERTURA TEMPORAL

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguraticia 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, de un lado, si el interesado presentó su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, si los hechos por los que se reclama ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado.

Específicamente la modalidad de cobertura por reclamación o *Claims Made* 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 causados a terceros por hechos pretéritos a la vigencia del contrato de seguro, siempre y cuando, la reclamación, al asegurado o a la aseguradora, se realice dentro de dicha vigencia. 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 fuera del texto original)

Si bien el artículo 1131 del Código de Comercio estipula que el siniestro se entiende ocurrido "en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado", con la precitada norma se permitió, a través del pacto expreso entre contratantes, que se amparen hechos anteriores a la vigencia del seguro (retroactividad), bajo la condición de que la reclamación se realice dentro de la referida vigencia. Esto no quiere decir que el requerimiento sea requisito para que se configure la responsabilidad, sino que la obligación de pago de la aseguradora se sujeta al reclamo en el curso de la póliza.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la modalidad *Claims Made* y su posibilidad de coexistir con las demás disposiciones que se encuentran en el Código de Comercio:

*"Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, **si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual"***⁶. (Negrita fuera del texto original)

Con la Ley 389 de 1997 y lo estipulado en materia del contrato de seguros por el Código de Comercio, se configura una doble exigencia a la hora de reclamar por el acaecimiento de un siniestro cuando se ha pactado esta modalidad. La dualidad consiste en: la materialización del siniestro y la reclamación dentro del término específico. Esta característica diverge del sistema tradicional de ocurrencia, en el cual importa que el hecho dañoso se produzca en la vigencia del contrato de seguro mas no si el requerimiento por el interesado se realiza cuando la póliza haya expirado. Así las cosas, sobre la modalidad descrita la Corte recientemente concluyó lo siguiente:

*"Por su parte, las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, **porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso"***⁷. (Negrita fuera del texto original)

En materia de responsabilidad fiscal esta modalidad no es ajena. En Auto No. ORD-80112-0737-

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de julio de 2017, MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 76001-31-03-001-2001-00192-01.

⁷ Ibíd.

2019 del 18 de noviembre de 2019 por el cual se revocaron los Autos Nos. 580 del 12 de junio de 2019 y 0161 del 15 de agosto de 2019 proferidos en el PRF 2014-05388 adelantado por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 09 de Bogotá D.C., se reconoció la modalidad *Claims Made* como una forma de cobertura valida en el amparo de la gestión de los responsables fiscales. Al resolver el recurso de apelación se decidió que la modalidad de cobertura por reclamo era ineficaz al atentar contra el interés público. No obstante, la Contraloría General de la República revocó los mencionados autos por encontrar probado el agravio injustificado de las compañías de seguros vinculadas como terceros civilmente responsables, por lo que concluyó que: “...*al haberse pactado las pólizas bajo la modalidad por reclamación o claims made, con una vigencia anterior a la apertura del proceso, solo era dable que se hicieran efectivas si la reclamación se hubiera hecho dentro del término de esa vigencia...*”⁸.

Además, a partir de la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020 la Contraloría General de la República dio directrices a las distintas unidades de investigación en todo el país, para que estas se tuvieran en cuenta cuando se vincularan las compañías de seguros dentro de los procesos de responsabilidad fiscal. Entre estas, se resaltan aquellas relacionadas con la cobertura *Claims Made*:

“(...

- *Habiéndose identificado claramente el hecho investigado, el operador fiscal en cualquier momento de la indagación preliminar o simultáneamente con el auto de apertura y, en todo caso de manera oportuna dentro del trámite del PRF, debe solicitar a la entidad afectada copia íntegra de las pólizas que garantizaban el cumplimiento del contrato, aseguraban el bien, garantizaban el correcto manejo de fondo o valores, o de responsabilidad civil para servidores públicos, según sea el caso, **que hayan estado vigentes desde la ocurrencia del hecho dañoso hasta el auto de apertura o el día en que son solicitada.***
- *Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubiertos por las pólizas de seguros que potencialmente se afectarían y a partir de allí, analizar las condiciones generales y particulares del contrato de seguros, **la base o modalidad (ocurrencia, descubrimiento, reclamación o “claims made”, etc.) de la cobertura del seguro que se pretende afectar** y las demás condiciones del contrato, con miras a determinar tempranamente y con absoluta claridad cuál es la póliza llamada a responder (...) (Negrita fuera del texto original)*

(...) “

En el caso de marras, la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022 no ofrece cobertura debido a que se pactó una modalidad de cobertura *Claims Made* y la reclamación concretada con la comunicación del Auto de Apertura a mi representada fue posterior a la vigencia de la misma. De manera expresa las partes acordaron dicha particularidad de cobertura:

MODALIDAD DE COBERTURA

No obstante cualquier estipulación en contrario en las condiciones generales y particulares de la póliza, se conviene que las pérdidas provenientes de los amparos del presente seguro, se regirán por el término **Claims Made** (Ley 389 de 1.997, Artículo 4) y no ocurrencia y por lo tanto quedan debidamente amparadas todas las reclamaciones que se formulen durante la vigencia de la misma.

⁸ Auto No. ORD-80112-0737-2019, Contraloría General de la República, pág.16.

Por otro lado, el reclamo se realizó con la comunicación del Auto de Apertura No. 1900.27.06.24.227 del 03 de diciembre de 2024 y la última vigencia de la Póliza (anexos 3 y 4) inició el 20 de noviembre de 2023 y feneció el 19 de noviembre de 2024. De esta manera, no se cumplió la estipulación contractual que da lugar al pago por parte del presunto tercero civilmente responsable vinculado a este proceso.

En mérito de lo expuesto, de manera anticipada se solicita la desvinculación de La Previsora S.A. Compañía de Seguros del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. **1900.27.06.24.1714** por cuanto, es claro que no se presenta cobertura dada la modalidad pactada entre las partes para la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022.

B. AL TRATARSE DE UNA MODALIDAD “DESCUBRIMIENTO” LA PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830 NO OFRECE COBERTURA TEMPORAL.

En el presente caso no existe cobertura temporal respecto del seguro representado en la Póliza de Manejo No. 23347830, 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**⁹. (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*, la vigencia de la póliza mediante la cual se vinculó a mi poderdante en calidad de tercero civilmente responsable tuvo lugar entre el 20 de noviembre de 2023 al 18 de noviembre de 2024, tal como se aprecia en el auto de apertura:

PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830 Certificado No. 0
ASEGURADORA: ALLIANZ SEGUROS S.A.
ASEGURADO: E.S.P. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI
E.I.C.E
BENEFICIARIO: E.S.P. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI
E.I.C.E
VIGENCIA: DESDE:20/11/2023 HASTA: 18/11/2024
SUMA ASEGURADA: \$1.000.000.000
COMPAÑÍAS COASEGURADORAS: ALLIANZ SEGUROS S.A.
80% y LA PREVISORA S.A. 20%

En ese contexto es acertado afirmar que la póliza expedida por La Previsora S.A. Compañía de Seguros para el caso en cuestión, tuvo vigencia entre el 20 de noviembre de 2023 al 18 de noviembre de 2024, y que la misma se pactó en la modalidad de “descubrimiento”, y en esta modalidad lo relevante para que se dé la cobertura es que sea la pérdida la que se descubra en la

⁹ 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

vigencia, pero en el caso de marras dicha pérdida se descubrió tan sólo hasta el 03 de diciembre de 2024, fecha en la cual se profirió el 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 la Póliza de Manejo No. 23347830 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 La Previsora S.A. Compañía de Seguros del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 1900.27.06.24.1714.

C. INEXIGIBILIDAD 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)¹⁰

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 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 de 2000 en cabeza del presunto responsable.

¹⁰ 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

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 la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la **Póliza de Manejo No. 23347830** ni de la **Póliza Responsabilidad Civil No. 1020022**, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a la Previsora S.A. Compañía de Seguros, del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 1900.27.06.24.1714.

D. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830 Y EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1020022

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar del presunto responsable 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 los contratos de seguro, particularmente las que se citan a continuación:

Póliza de Manejo No. 23347830:

CLÁUSULA PRIMERA: EXCLUSIONES

I. EXCLUSIONES APLICABLES A LA PRESENTE PÓLIZA

ESTA PÓLIZA NO CUBRE PERDIDAS PROVENIENTES DE CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES HECHOS:

1. DAÑOS QUE SUFRAN LOS BIENES, POR CUALQUIER CAUSA.

II. EXCLUSIONES APLICABLES AL AMPARO GLOBAL ESTATAL DE MANEJO

1. ESTA PÓLIZA NO CUBRE LAS PÉRDIDAS PROVENIENTES DE CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES CONCEPTOS:

A. MERMAS O DAÑOS QUE SUFRAN LOS BIENES POR CAUSA NATURAL, SALVO SI SE PROBARE NEGLIGENCIA DE ALGUNOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1020022:

"CLÁUSULA SEGUNDA: EXCLUSIONES

EN NINGÚN CASO HABRÁ LUGAR A PAGO BAJO LOS AMPAROS DE LA PRESENTE PÓLIZA, NI ESTARÁN CUBIERTAS LAS RECLAMACIONES QUE SE PRESENTEN CONTRA UN ASEGURADO, CUANDO CUALQUIERA DE LAS RESPONSABILIDADES CUBIERTAS BAJO LA PRESENTE PÓLIZA TENGA SU CAUSA, CONSISTA EN, ESTÉ EN CONEXIÓN, TENGA RELACIÓN O SEAN CONSECUENCIA, DIRECTA O INDIRECTA, TOTAL O PARCIAL, DE:

1. PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS DOLOSOS O CRIMINALES COMETIDOS POR LOS ASEGURADOS.
2. DAÑOS O PÉRDIDAS OCASIONADAS POR INCURRIR EL ASEGURADO EN FALTAS, ERRORES U OMISIONES NO DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DE SU CARGO. BIEN SEA QUE LAS MISMAS CONSTITUYAN O NO FALTAS DISCIPLINARIAS, AL TENOR DE LO DISPUESTO POR LA LEY 734 DE 2002 Y/O LA LEY 1474 DE 2011.
12. DAÑOS CAUSADOS POR ASBESTOS EN ESTADO NATURAL O POR SUS PRODUCTOS, ASÍ COMO LOS DAÑOS RESULTANTES DE OPERACIONES Y ACTIVIDADES QUE IMPLIQUEN EXPOSICIÓN A FIBRAS DE AMIANTO. ADEMÁS, DAÑOS ORIGINADOS DIRECTA O INDIRECTAMENTE POR CONTAMINACIÓN, FILTRACIÓN O POLUCIÓN DE CUALQUIER CLASE DEL MEDIO AMBIENTE, POR OTRAS ALTERACIONES PERJUDICIALES DEL AGUA, AIRE, SUELO, SUBSUELO O POR RUIDO.
18. MERMAS, DIFERENCIA DE INVENTARIOS, DESAPARICIONES O DAÑOS QUE SUFRAN LOS BIENES O VALORES DE LA ENTIDAD TOMADORA POR CUALQUIER CAUSA. TAMPOCO SE CUBRIRÁN LOS DAÑOS O PÉRDIDAS QUE SUFRA CUALQUIER TIPO DE BIENES TANGIBLES DE PROPIEDAD DE TERCEROS.

Por lo anterior, respetuosamente solicito la desvinculación de La Previsora S.A. Compañía de Seguros del Proceso de Responsabilidad No. **1900.27.06.24.1714** que actualmente cursa en la Contraloría, toda vez que la póliza en cuestión excluye fehacientemente los hechos originarios de la acción fiscal, tal y como se demostró.

E. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL No. 1020022

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 la póliza respecto de su cobertura indica claramente que tendrá por objeto amparar responsabilidad por actos o hechos no dolosos; resulta fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. Lo anterior encuentra sustento en las condiciones contractuales, cuyo tenor literal es el siguiente:

“COBERTURAS

*Detrimentos patrimoniales que se deriven de actos incorrectos **no dolosos** generadores*

de imputación de Responsabilidad Civil, Fiscal o Penal contra los servidores públicos expresamente asegurados por la póliza y en el desempeño de las funciones propias del cargo asegurado.”. (Subrayado 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 del presunto responsable sí se enmarca en el dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1020022, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a La Previsora S.A. Compañía de Seguros del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. **1900.27.06.24.1714** por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

F. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE ALLIANZ SEGUROS S.A. Y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS EN LA PÓLIZA DE MANEJO No. 23347830

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 mi representada, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre: Allianz Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, de la siguiente manera:

- Allianz Seguros S.A.: ochenta por ciento **(80%)**
- La Previsora S.A. Compañía de Seguros: veinte por ciento **(20%)**

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 del contrato de seguro mencionado, 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 Art. 1095 Ibídem, 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 la otra aseguradora citada, 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.

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

En el remoto e improbable evento en que el Despacho 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 La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 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”¹¹*
(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, en razón de la porción del riesgo asumido, que en este caso resulta ser la siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

Póliza de Manejo No. 23347830:

- Fallos con responsabilidad fiscal hasta por un monto de **cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) 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: doscientos millones de pesos (\$200.000.000) moneda legal colombiana, repartido entre las aseguradoras aceptantes.

Póliza Responsabilidad Civil No. 1020022:

- Responsabilidad por detrimento patrimonial por pérdida fiscal sublimitado por evento (página 2 del anexo 0) hasta por un monto de seiscientos cincuenta millones de pesos (\$650.000.000) moneda legal colombiana, valor que estará sujeto a la disponibilidad del valor asegurado.

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 el Contrato de Seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de este argumento de defensa 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 un hipotético

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

fallo con responsabilidad fiscal, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

I. SUBROGACIÓN.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento en que La Previsora S.A. Compañía de Seguros, realice algún pago en virtud de un amparo de las pólizas de seguro por las que fue vinculada 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.

IV. PETICIONES

- A.** Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de la señora Sandra Patricia Escobar Gutiérrez, y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número **1900.27.06.24.1714** que cursa actualmente en la 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 del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B.** Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de La Previsora S.A. Compañía de Seguros como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que ni la Póliza de Manejo No. 23347830 ni la Póliza Responsabilidad Civil No. 1020022, prestan cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número **1900.27.06.24.1714** que cursa actualmente en la Contraloría General de Santiago de Cali-Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal.

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 asumido en coaseguro por mi representada, en cuantía de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) moneda legal colombiana, el cual corresponde al veinte por ciento (20%) asumido en coaseguro, del total asegurado en Póliza de Manejo No. 23347830 así como también el límite de valor asegurado por mi representada, en cuantía de seiscientos cincuenta millones de pesos (\$650.000.000), moneda legal colombiana, respecto de la Póliza Responsabilidad Civil No. 1020022.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de certificado de aceptación de coaseguro de la Póliza de Manejo No. 23347830.
- 1.2. Copia del condicionado general MAP-002-011 de la Póliza de Manejo No. 23347830.
- 1.3. Copia de la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022 (certificados 0 al 4).
- 1.4. Copia del condicionado general RCP-013-009 de la Póliza de Responsabilidad Civil No. 1020022.
- 1.5. Copia de Certificado de Disponibilidad de Valor Asegurado de la Póliza No. 1020022.
- 1.6. Poder especial de representación a mí otorgado.
- 1.7. Certificado de Existencia y Representación Legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS.
- 1.8. Certificado de Situación Financiera de LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS.

2. PRUEBA DE OFICIO:

Ruego señora Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal oficiar a Allianz Seguros S.A., para que con destino a este proceso aporte los siguientes documentos:

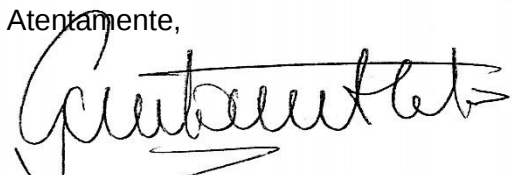
- a. Certificado de disponibilidad del valor asegurado de la Póliza de Manejo No. 23347830.

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, Cali, Valle del Cauca, Centro Empresarial Chipichape y en el correo electrónico: notificaciones@gha.com.co.
- Mi procurada, La Previsora S.A. Compañía de Seguros, recibirá notificaciones en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@previsora.gov.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.