

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI

Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal

Ant. Francisco Felipe Guevara Arboleda

secretariacomun@contraloriacali.gov.co

notificacionesjudiciales@contraloriacali.gov.co

doresponsafiscal@contraloriacali.gov.co

respo_fiscal@contraloriacali.gov.co

REFERENCIA: DESCARGOS FRENTE AL AUTO DE IMPUTACIÓN No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024.

PROCESO:	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE:	PRF-1600.20.10.19.1360
ENTIDAD AFECTADA:	EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
VINCULADO:	ROBERTO REYES SIERRA Y OTRO.
TERCERO VINCULADO:	<u>ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTRO.</u>

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio principal en la carrera 13 A número 29-24, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.026.182-5, representada legalmente por la Doctora Andrea Lorena Londoño Guzmán, identificada con la cédula de ciudadanía No. 67.004.161, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio que se aporta con el presente documento, donde se observa el mandato general a mi conferido a través de Escritura Pública No. 5107 05 de mayo de 2004 otorgada en la Notaría 29 de la ciudad de Bogotá. Encontrándome dentro del término legal comeditadamente procedo a presentar **DESCARGOS** frente al **Auto de imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024** por medio del cual se vinculó a mi representada

en virtud del coaseguro del 80% existente en las Pólizas de manejo No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0, 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

CAPÍTULO I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR – SOLICITUD DE NULIDAD POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y POR IRREGULARIDADES QUE AFECTAN EL DEBIDO PROCESO.

Es importante iniciar indicando al despacho que se presentó una nulidad por violación al derecho de defensa toda vez que el Auto de Imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024 notificado el pasado 13 de diciembre de la misma anualidad no se encuentra completo. Por lo que es difícil para el implicado, en este caso, la compañía aseguradora determinar con exactitud las causas de hecho y derecho que dieron origen a la imputación de responsabilidad fiscal. Siendo así, su defensa podría encontrarse limitada únicamente a lo enviado y no corresponder a la totalidad de los hechos expuestos por el ente de control. Lo anterior, toda vez que se evidencia el acto administrativo consta de 47 páginas, pero únicamente fueron enviado 39 páginas, **haciendo falta 8 páginas**. Siendo así, es evidente que se configuró una nulidad por violación al derecho de defensa y por irregularidades que afectan el debido proceso.

En el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, se establecieron como causales de nulidad las siguientes:

Artículo 36. Causales de nulidad. Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar; **la violación del derecho de defensa del implicado; o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.** La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso. (negrilla y subrayada por fuera del texto original).

Ahora bien, obsérvese que el ente de control incurrió en una irregularidad que afecta el debido proceso y el derecho de defensa, pues el Auto de imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024 no cumple con los preceptos establecidos en el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, pues no se evidencian los hechos objeto de investigación, detallados de manera clara y

concisa, así como tampoco cual fue el análisis de la Contraloría frente a la respuesta de EMCALI contenida en la página 7, pues de ahí se salta a la 12, desconociendo por parte de la aseguradora el contenido de esas 5 páginas.

Aterrizando a la realidad lo indicado anteriormente, se acredita que del auto de imputación de la página 2 se salta a la página 6 y posteriormente de la 7 a la 12 desconociendo el contenido de las páginas 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, tal y como se observa en la imagen adjunta extraída del texto original:

Auto No. 1600.20.10.24.194 del 12 noviembre de 2024, "POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA Y ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1360"

Página No. 2 de 47

Auto No. 1600.20.10.24.194 del 12 noviembre de 2024, "POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA Y ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1360"

Página No. 6 de 47

Auto No. 1600.20.10.24.194 del 12 noviembre de 2024, "POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA Y ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1360"

Página No. 7 de 47

Auto No. 1600.20.10.24.194 del 12 noviembre de 2024, "POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA Y ARCHIVA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1360"

Página No. 12 de 47

Por lo tanto, se hace indispensable que el ente de control subsane dicha irregularidad por cuanto de lo contrario se estaría incurriendo en una violación del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de mi prohijada quien fue notificada del Auto de Imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024 incompleto, máxime cuando en el pie de página del documento se indica que son 47 páginas, pero solo llegaron 39. Razón por la cual es evidente la afectación que esto genera en la defensa de la compañía aseguradora al no conocer con totalidad los hechos que

fundamentaron la presente investigación. Tal y como se observa en la imagen adjunta, extraída del texto original:



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Auto No. 1600.20.10.24.194
Noviembre 12 de 2024

POR MEDIO DEL CUAL SE IMPUTA Y ARCHIVA UN PROCESO DE
RESPONSABILIDAD FICAL CON RADICADO No. 1600.20.10.19.1360

ENTIDAD AFECTADA:	EMPRESA MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.
PRESUNTOS RESPONSABLES:	VERONICA SANDOVAL GONZALEZ, identificada con Cedula de Ciudadanía No. 66.987.384, Cargo: Jefe Dpto. sistemas de información, Fecha de posesión o firma de contrato: 04 febrero 2016. ROBERTO REYES SIERRA, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 94.978.000, Cargo: Gerente Área de Tecnología, Fecha de posesión o firma de contrato: 23 septiembre 2015. DANILO ANTONIO RENTERIA SALAZAR, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 11.797.662, Cargo: Gerente Área de Tecnología de la información, Fecha de posesión o firma de contrato: 05 Julio 2017. GUSTAVO MEDINA, identificado con Cedula de Ciudadanía No. 16.273.144, Cargo: Profesional de Telemática I, Fecha de posesión o firma de

En conclusión, a mi procurada le fue cercenado el derecho a sustentar en esta oportunidad procesal un argumento adicional o diferente a lo que se propone, ya que desconoce el contenido total del Auto de imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024, por lo que la notificación

del acto administrativo es violatoria del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción de mi prohiada.

CAPÍTULO II. 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 presentadas en la suscripción de los contratos 200-GTI-0640-2017, 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018 en los cuales se pactó honorarios muy por encima de los establecidos en la tabla de honorarios establecida por la entidad para los años 2017 y 2018. Según lo evidenciado en las últimas hojas del auto de imputación.

En este sentido, por medio del Auto de Imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024, se decidió imputar responsabilidad fiscal en el proceso que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS (\$155.742.411MCTE)** a las siguientes personas:

- **ROBERTO REYES SIERRA**, en calidad de Gerente Área de Tecnología - quien suscribió la solicitud, aprobó requerimiento, la ficha de abastecimiento y suscribió el contrato 200-GTI-0640-2017, con delegación para contratar contenida en la Resolución GG000085 del 6 de enero de 2017.
- **DANILO ANTONIO RENTERIA SALAZAR**, en calidad de Gerente de tecnología de la información - quien suscribió la solicitud, aprobó requerimiento, la ficha de abastecimiento y suscribió el contrato No. 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018, con delegación para contratar contenida en la Norma Complementaria 1 - Delegaciones y cuantías en la Contratación de EMCALI, del manual de Contratación de EMCALI, adoptada mediante Resolución No. GG-000284 del 31 de marzo de 2017, modificada por la Resolución No. GG No. 000733 del 11 de septiembre de 2017.

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 gesta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado

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

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en las Pólizas de manejo No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0 con las vigencias descritas más adelante y tomadas por parte de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**

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.

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 despacho, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

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

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos. En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

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

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una

alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. **PRF-1600.20.10.19.1360**.

A. SE VENCIO EL TÉRMINO PARA PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN, POR LO QUE DEBERÁ ARCHIVARSE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN SEGÚN LO ESTABLECIDO EN LA LEY 610 DE 2000.

A lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado por las presuntas irregularidades presentadas en la suscripción de los Contratos 200-GTI-0640-2017, 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018 en los cuales se pactó honorarios muy por encima de los establecidos en la tabla de honorarios establecida por la entidad para los años 2017 y 2018, situación por la cual se dio **apertura al proceso de responsabilidad fiscal mediante Auto No. 1600.20.10.19.057 del 9 de agosto de 2019**. Sin embargo, **caducó el término para proferir auto de imputación**, toda vez que de acuerdo con lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Situación que no ocurrió en el caso en concreto, pues el ente de control profirió auto de imputación solo hasta pasado más de cinco (5) años y tres (3) meses, por lo que claramente **caducó el término para proferir auto de imputación**, y su consecuencia jurídica es archivar la presente investigación fiscal. Pues nótese que ha pasado más de media década sin que el ente de control profiriera un auto de imputación cuando la norma es clara en determinar el término para efectuar dicha actuación, conllevando esta actuación una clara vulneración al debido proceso y a los principios de inmediatez, eficacia y buen nombre de los aquí involucrados.

A este respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos relacionados de caducidad deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*¹

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

Ahora bien, en referencia en forma específica al fenómeno de caducidad, la Corte Constitucional en Sentencia C 250 de 20011, estableció que “la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente”.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Tal y como lo prevé la norma señalada anteriormente:

“Artículo 45. Término. **El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.**

Artículo 46. Decisión. **Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal,** mediante providencia motivada, según sea el caso.” (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el ente de control contaba con cinco (5) meses a partir del auto de apertura para proferir auto de archivo o auto de imputación, situación que no ocurrió en el caso en concreto, toda vez que el ente de control profirió auto de imputación solo hasta pasado más de más de cinco (5) años y tres (3) meses, por lo que claramente **caducó el término para proferir auto de imputación** y por lo tanto, caducó la acción fiscal.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que, resulta jurídicamente improcedente continuar con el proceso de responsabilidad fiscal respecto de los hechos ocurridos en el año 2017, por cuanto se reúnen los presupuestos para su archivo, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

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

En este sentido, debiéndose archivar el proceso de responsabilidad fiscal mediante el cual se estudian los hechos aquí investigados, resulta procedente concluir que no es válido afectar ningún amparo que hubiere sido otorgado respecto de los hechos que aquí se debaten.

En conclusión, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto se ha configurado el fenómeno de caducidad para proferir auto de imputación y, en consecuencia, es procedente dar trámite al archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal. Toda vez que el ente de control profirió auto de imputación solo hasta pasado más de más de cinco (5) años y tres (3) meses de haber dictado auto de apertura.

B. INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL HECHO GENERADOR DEL DAÑO.

De acuerdo a lo señalado en lo poco que se alcanza a leer en el auto de imputación ya que el mismo se encuentra incompleto, el aspecto central de la investigación radica en una simple afirmación carente de fundamento, sin tan siquiera el ente de control realizar un análisis profundo frente a los supuestos hechos y conductas que generaron la presente investigación y que concluyeron en la existencia de un aparente detrimento patrimonial. Lo anterior, toda vez que no se valoró adecuadamente la información brindada por EMCALI cuando indicó que la tabla salarial de honorarios de la entidad no se estableció el valor de “bolsa de hora hombre” es decir que, no era aplicable dicho contenido a los Contratos 200-GTI-0640-2017, 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018 pues la modalidad era totalmente diferente y permitido en nuestro ordenamiento jurídico. Razón por la cual, el ente de control no puede de manera anticipada determinar que existe un hecho generador del daño cuando desconoce por completo las modalidades de contratación, en especial la modalidad bajo la cual se ejecutaron los contratos anteriormente señalados. Es decir que debe tenerse en cuenta que hasta la fecha no existe un hecho generador del daño pues la normatividad no prohíbe la contratación por prestación de servicios por horas, más aún cuando se había acreditado que la especialidad requerida no se encontraba dentro del personal de la entidad por lo que era necesario contratar a un externo especializado. Ahora bien, no puede el ente de control determinar que hay un hecho generador del daño por la entidad seguir los lineamientos establecidos por el estatuto de contratación. Por lo tanto, ante la falta de existencia de un hecho que represente la **materialización del daño**, el ente de control no tiene otra opción más que archivar el presente caso.

La Ley 610 de 2000 reguló lo atinente al daño, en su artículo 6º indicó lo siguiente:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o

deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida 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 los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”. **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

En virtud del precepto normativo transcrito se señala que el daño patrimonial al Estado es la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida 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 del ente de control.

Así mismo, en Sentencia² del Consejo de Estado se señaló que:

(...) La responsabilidad fiscal es una responsabilidad autónoma y por tanto, distinta de la responsabilidad penal y de la disciplinaria. (...) **Es importante destacar que el objeto de la responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento pleno de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan en la causación de tales daños.** (...) **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que realice gestión fiscal. Y que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. Situación que no ha ocurrido en el caso en concreto, pues el ente de control no ha señalado con claridad cual es el hecho dañino que ocasiono el supuesto detrimento patrimonial. Máxime cuando las pruebas aportadas demuestran que la tabla salarial de EMCALI no hace mención a la modalidad de “bolsa de hora hombre” que es un tipo de contrato “*sui generis*” para la entidad. Frente a la cual el ente de

² Sentencia del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Mp. Edgar Gonzáles López. Radicado: 11001-03-06-2020-00001-00 (2442). 28 de mayo de 2020.

control guardó total silencio pues no puede desconocer la normatividad de contratación y determinar a priori que existe un hecho generador del daño cuando en la legislación se encuentra permitido este tipo de contratación mas aun cuando se requiere de personal especializado que es el objeto y fin de los contratos por prestación de servicios.

Ahora bien, es importante tener en claro que el ente de control no hizo una valoración adecuada de la respuesta presentada por EMCALI, quien señala que los contratos de prestación de servicios por hora hombre para la especialidad requerida que no se encontraba dentro del personal de Gerencia de tecnología de información, no fue establecida en la tabla salarial de la entidad, razón por la cual su contenido era totalmente inoponible e ineficaz para los contratos en mención. Tal como se observa en la imagen adjunta extraída del texto original:

Respuesta Observación No. 8 EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

"(...)Respecto de lo manifestado por el Ente de Control con relación a la "evaluación de los Contratos de Selección Directa -Contratar la prestación de servicios especializados de apoyo funcional y técnico y no de consultoría, el equipo auditor evidenció que los mismos se suscribieron por valores que superan la tabla de Honorarios establecida por la Gerencia General de EMCALI - sin que exista autorización por parte del Gerente para contratar por un valor superior - 200-GTI-PS-0640-2017, 200-GTI-PS-0166-2018, 200-PS-1421-2018". (el subrayado y negrilla es por fuera del texto).

En consideración a la naturaleza del objeto y alcance del contrato, así como a la forma de pago establecida para los servicios especializados de apoyo funcional y técnico a través de una bolsa de 960 horas para la implementación de las actividades descritas, es pertinente precisar que el documento denominado "tabla de honorarios" establecida por la Gerencia General no es el documento idóneo con el cual la Gerencia de Tecnología de Información debía tasar o valorar el valor del contrato, toda vez que dicho documento no hace mención a la modalidad de "bolsa de hora hombre", que es un tipo de contrato "sui generis" para nuestra empresa.

Adicional a lo anterior, dada la especialidad requerida y al no contar con personal dentro de Gerencia de Tecnología de Información para realizar las actividades descritas en los objetos, se solicitó a la Gerencia de Área Gestión Humana y Administrativa el Certificado de insuficiencia o inexistencia de personal, el cual se adjunta. (Se aporta evidencia en 1 folio en el archivo certificado_insuficiencia_2017.pdf).

Así las cosas, la Gerencia de Tecnología, se ve en la necesidad de contratar servicios especializados a través de una persona natural que está disponible en el mercado para cubrir la necesidad, por un valor de hora hombre de \$82.000 pesos, y dado que las necesidades son específicas con base en requerimientos conexos al sistema administrativo y financiero y no de apoyo a la gestión.

De igual manera, manifiesta el ente de control que "de acuerdo a las actas de pago y los soportes presentados que se cancela, por actividades de asistencia a reuniones y acompañamiento de

Por lo anterior, nótese que no existe ningún hecho generador de ningún daño, pues no existe ni el hecho ni mucho menos el daño. Toda vez que claramente se ha desarrollado por los presuntos responsables las actuaciones pertinentes y las que se encuentran a su alcance para primero, garantizar los fines de la entidad y, en segundo lugar, a darle un manejo correcto y adecuado a los recursos públicos, pues ninguno tomó para provecho suyo o de un tercero sumas de dinero, sino por el contrario se garantizó la contratación del personal especializado para el correcto funcionamiento de los objetivos de la entidad. Por ello, esta investigación fiscal no tiene vocación de prosperidad ante la ausencia de un hecho generador de que se constituya como daño a la **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** Máxime cuando el ente de control no ha explicado con argumentos facticos y jurídicos el porque este tipo de contratación no es válida.

Pues de acuerdo con lo señalado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es necesario la contratación por prestación de servicios cuando:

ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)

3. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. **Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.** (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Artículo anterior que es aplicable a **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** al ser una as empresas industriales y comerciales del Estado definida como “entidad” de conformidad con lo señalado en el artículo 2 de la Ley 80 de 1893. Por lo que EMCALI sí podía contratar a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios y establecer los honorarios por horas, pues no existe ninguna normatividad que así lo prohíba.

Así las cosas, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el daño patrimonial al Estado solo puede ser producido en ejercicio de la gestión fiscal, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 que dispone como uno de los elementos de la responsabilidad fiscal una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Así entonces, si la responsabilidad fiscal solo puede ser atribuida a alguien que realiza la gestión fiscal necesariamente esa responsabilidad lo será por un daño causado en ejercicio de dicha gestión. Entonces, deben reunirse dos elementos: i) una persona que realiza gestión fiscal y ii) el daño producido en ejercicio de la gestión fiscal. Ahora bien, el artículo 4º de la Ley 610 de 2000 al establecer el objeto de la responsabilidad fiscal, determina que la misma tiene por fin el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

En conclusión, no existe un hecho generador del daño. Pues la normatividad vigente no prohíbe la contratación por prestación de servicios por horas, más aún cuando se había acreditado que la especialidad requerida no se encontraba dentro del personal de la entidad por lo que era necesario contratar a un externo especializado. Ahora bien, no puede el ente de control determinar que hay un hecho generador del daño por la entidad seguir los lineamientos establecidos por el estatuto de contratación. Por lo tanto, ante la falta de existencia de un hecho que represente la **materialización del daño**, el ente de control no tiene otra opción más que archivar el presente caso.

C. INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO EN LOS TÉRMINOS SEÑALADOS POR EL ENTE DEL CONTROL.

El ente de control señala que existe un daño patrimonial al Estado en relación con que dentro de los Contratos No. 200-GTI-0640-2017, 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018 se pactó honorarios muy por encima de los establecidos en la tabla de honorarios establecida por la entidad para los años 2017 y 2018, suma que asciende a **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS (\$155.742.411MCTE)**. Sin embargo, el ente de control no ha tenido en cuenta que dicha tabla salarial a la cual hace referencia para imputar responsable no era aplicable al caso en concreto, pues en la misma no se estableció “bolsa de hora por hombre” por lo que no entiende el suscrito como es que el ente de control toma como base una tabla que no es aplicable para el caso en concreto, siendo totalmente infructuoso su correlación. Es por ello, que se afirma que el daño patrimonial predicado por el ente es totalmente inexistente.

Así las cosas, no se ocasionó un detrimento patrimonial a las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** máxime cuando para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la Sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del mencionado fallo es el siguiente:

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que “... el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).³

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,

³ Ibidem.

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**”.⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que la entidad afectada a través de sus funcionarios evidencia la buena gestión y manejo de los recursos públicos, es decir, no fue negligente ni actuó de manera temeraria e irresponsable en el manejo de los mismo. Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 el cual explica:

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

⁴ 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.

De esta forma, se concluye, que no existe un detrimento patrimonial causado a la **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** máxime cuando no existen elementos materiales probatorios que den cuenta que los aquí investigados incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionara un detrimento patrimonial al Estado. Adicionalmente, es menester señalar que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos para señalar que existió un detrimento patrimonial, pues los recursos públicos destinados para garantizar el correcto funcionamiento de la gerencia de tecnología de Información fueron debidamente invertidos en personal idóneo, capacitado y experto en los temas requeridos, pues no podía arriesgar la entidad contratar un personal que no cumpliera con los mínimos requisitos. Además, los funcionarios no malgastaron ni tomaron el mismo para provecho propio o de un tercero. Por lo que la Contraloría deberá archivar el proceso ante la ausencia de elementos que acrediten un daño patrimonial.

D. 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.

No existe una conducta culposa o gravemente dolosa en cabeza de los presuntos responsables. Toda vez que como se puede evidenciar del material probatorio obrante en el plenario, estos actuaron conforme a la normatividad vigente en contratación, especialmente en contratos de prestación de servicios, pues la entidad no contaba con personal especializado por lo que fue necesario contratar un externo para que ayudara con el correcto funcionamiento de la entidad. Ahora bien, el ente de control únicamente hace unas simples afirmaciones frente a las conductas de los aquí investigados, concretamente señala que por la firma de los mentados contratos de prestación de servicios, pero dicha actuación no constituye bajo ningún escenario una actuación dolosa o gravemente culposa, ya que como se ha afirmado a lo largo de este escrito, la tabla salarial con la que se basa la Contraloría para imputar responsabilidad fiscal no es aplicable a los contratos investigados, pues la modalidad de pago no fue se encuentra determinada en estas tablas referenciales. Por lo tanto, no existen conductas culposas o gravemente dolosas atribuibles a los aquí investigados, es decir no se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal y el ente de control deberá archivar la presente investigación.

Ahora bien, es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto

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

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

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

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño

causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

⁵ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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 las actuaciones de los aquí investigados pueden 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).”⁶ (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:

⁶ 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

“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)⁷

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas previamente identificadas, es indispensable que, utilizando los elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, se acredite indefectiblemente un patrón de conducta supremamente negligente que se asimile al de las personas más descuidadas, o a la intención positiva de causar un menoscabo al patrimonio público. Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente.

Ahora bien, es importante tener en claro que el ente de control no hizo una valoración adecuada de la respuesta presentada por EMCALI, quien señala que los contratos de prestación de servicios por “hora hombre” para la especialidad requerida que no se encontraba dentro del personal de Gerencia de Tecnología de Información, no fue establecida en la tabla salarial de la entidad, razón por la cual su contenido era totalmente inoponible e ineficaz para los contratos en mención. Tal como se observa en la imagen adjunta extraída del texto original:

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Respuesta Observación No. 8 EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

"(...)Respecto de lo manifestado por el Ente de Control con relación a la "evaluación de los Contratos de Selección Directa -Contratar la prestación de servicios especializados de apoyo funcional y técnico y no de consultoría, el equipo auditor evidenció que los mismos se suscribieron por valores que superan la tabla de Honorarios establecida por la Gerencia General de EMCALI - sin que exista autorización por parte del Gerente para contratar por un valor superior - 200-GTI-PS-0640-2017, 200-GTI-PS-0166-2018, 200-PS-1421-2018". (el subrayado y negrilla es por fuera del texto).

En consideración a la naturaleza del objeto y alcance del contrato, así como a la forma de pago establecida para los servicios especializados de apoyo funcional y técnico a través de una bolsa de 960 horas para la implementación de las actividades descritas, es pertinente precisar que el documento denominado "tabla de honorarios" establecida por la Gerencia General no es el documento idóneo con el cual la Gerencia de Tecnología de Información debía tasar o valorar el valor del contrato, toda vez que dicho documento no hace mención a la modalidad de "bolsa de hora hombre", que es un tipo de contrato "sui generis" para nuestra empresa.

Adicional a lo anterior, dada la especialidad requerida y al no contar con personal dentro de Gerencia de Tecnología de Información para realizar las actividades descritas en los objetos, se solicitó a la Gerencia de Área Gestión Humana y Administrativa el Certificado de insuficiencia o inexistencia de personal, el cual se adjunta. (Se aporta evidencia en 1 folio en el archivo certificado_insuficiencia_2017.pdf).

Así las cosas, la Gerencia de Tecnología, se ve en la necesidad de contratar servicios especializados a través de una persona natural que está disponible en el mercado para cubrir la necesidad, por un valor de hora hombre de \$82.000 pesos, y dado que las necesidades son específicas con base en requerimientos conexos al sistema administrativo y financiero y no de apoyo a la gestión.

De igual manera, manifiesta el ente de control que "de acuerdo a las actas de pago y los soportes presentados que se cancela, por actividades de asistencia a reuniones y acompañamiento de

Por lo anterior, nótese que no existe ningún hecho generador de ningún daño, pues no existe ni el hecho ni mucho menos el daño. Toda vez que claramente se ha desarrollado por los presuntos responsable las actuaciones pertinentes y las que se encuentran a su alcance para primero, garantizar los fines de la entidad y, en segundo lugar, a darle un manejo correcto y adecuado a los recursos públicos, pues ninguno tomo para provecho suyo o de un tercero sumas de dinero, sino por el contrario se garantizó la contratación del personal especializado para el correcto funcionamiento de los objetivos de la entidad. Por ello, esta investigación fiscal o tiene vocación de prosperidad ante la ausencia de un hecho generador de que se constituya como daño a la **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** Máxime cuando el ente de control no ha explicado con argumentos facticos y jurídicos por qué este tipo de contratación no es válida.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas pueden ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

De otro lado y antes de concluir, vale la pena traer a colación la disposición contemplada en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 que, respecto de la posibilidad, excepcional, de la presunción de culpa y dolo establece lo siguiente, lo cual confirma que en este caso no es aplicable tal presunción:

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

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

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

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

Frente a lo anterior ha de decirse desde ahora que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden de cosas, claro resulta que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción disciplinaria impuesta al presunto responsable por los hechos materia de investigación, por ningún motivo, se hace presumible el elemento que aquí se estudia. Lo mismo ocurre con las causales que presuponen un actuar culposos, pues lo cierto es que en ninguna de ellas se enmarca lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente se puede evidenciar que los presuntos responsables actuaron conforme a la normatividad vigente en contratación, especialmente en contratos de prestación de servicios, pues la entidad no contaba con personal especializado por lo que fue necesario contratar un externo para que ayudara con el correcto funcionamiento de la entidad. Ahora bien, el ente de control únicamente hace unas simples afirmaciones frente a las conductas de los aquí investigados, concretamente señala que por la firma de los mentados contratos de prestación de servicios, pero dicha actuación no constituye bajo ningún escenario una actuación dolosa o gravemente culposa, ya que como se ha afirmado a lo largo de este escrito, la tabla salarial con la que se basa la Contraloría para imputar responsabilidad fiscal no es aplicable a los contratos investigados, pues la modalidad de pago no fue se encuentra determinada en estas tablas referenciales. Por lo tanto, no existen conductas culposas o gravemente dolosas atribuibles a los aquí investigados, es decir no se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal y el ente de control deberá archivar la presente investigación.

**CAPÍTULO IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA
VINCULACIÓN DE LA ALLIANZ SEGUROS S.A.**

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación y de imputación 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 de los contratos de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que las pólizas incorporadas en el expediente no gozan de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

Sobre el particular, se ha pronunciado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, radicación No. 25000-23-24-000-2002-0090701, al señalar:

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

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

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

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

“En aras de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría General de la República y como parte de la política de prevención del daño antijurídico que ha adoptado la entidad para el presente año, a continuación se resaltan algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos, relacionados con la mencionada vinculación de dichas compañías como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal:

- Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, **su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.**

- Las obligaciones de la aseguradora tienen límites, entre otros, la suma asegurada, la vigencia, los amparos, las exclusiones, los deducibles, los siniestros, establecidos en el clausulado del contrato de seguros correspondiente.

- De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, la vinculación como garante de una compañía aseguradora se da, ya sea porque el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso se encuentra amparado por una póliza.

(...)

- Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubierto por las pólizas de seguros que potencialmente se afectarán y a partir de allí analizar las condiciones generales y particulares del contrato de seguros, la base o modalidad (ocurrencia, descubrimiento, reclamación o "claims made", etc.) de la cobertura del seguro que se pretende afectar y las demás condiciones del contrato, con miras a determinar tempranamente y con absoluta claridad cuál es la póliza llamada a responder (en virtud a la vigencia, el ramo de seguros, etc.).

- **Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.**

- El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación claims made), **así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas**, y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del proceso de responsabilidad fiscal. En caso de tratarse de la modalidad de seguros de ocurrencia, la póliza a ser afectada debe ser aquella que se encontraba vigente para el momento de acaecimiento del hecho que genere la pérdida del recurso público. Si la modalidad es por descubrimiento, la póliza afectada será la que se encontraba vigente a la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que origine la pérdida o solicitud de indemnización. Y si la modalidad del seguro es por reclamación o "claims made", deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora.

- El operador fiscal deberá verificar que no se realice una indebida acumulación de vigencias o de valores asegurados de las pólizas de seguros y en consecuencia la vinculación de la aseguradora se hará con sujeción a la respectiva modalidad prevista en el contrato de seguro.

•El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.”[1] (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de 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 público. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en el contrato de seguros materializado en las Pólizas de manejo **No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de estas. 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 los contratos de seguro documentados en las pólizas antes referidas.

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

A. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS DE MANEJO No. 21976046/0 y No. 22155640/0.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, porque las Pólizas de manejo **No. 21976046/0 y No. 22155640/0** no ofrecen cobertura temporal, toda vez que, no se cumplieron los requisitos de la modalidad bajo la cual fue pactada, esto es “descubrimiento”. Esta modalidad ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. Por lo anterior, al evidenciar que el ente de control apertura el proceso de responsabilidad fiscal mediante **Auto No. 1600.20.10.19.057 del 9 de agosto de 2019** el mismo se descubrió por fuera de las vigencias de los mencionados contratos de seguros, los cuales corrieron desde el 21 de septiembre de 2016 al 20 de septiembre de 2017 y el 21 de septiembre de 2017 al 20 de septiembre de 2018 respectivamente. Por lo tanto, al no cumplirse con el requisito bajo el cual se pactaron los mencionados contratos de seguros estos no podrán afectarse bajo ningún criterio factico o jurídico por cuanto el mismo desconocería los lineamientos normativos y jurisprudenciales que enmarcan la modalidad de cobertura denominada “descubrimiento”.

Si bien es cierto entre mi representada y las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** se celebraron los negocios aseguraticio documentados en las Pólizas de Manejo **No. 21976046/0 y No. 22155640/0**, se debe recordar que en dicho contrato de seguro también se concertó una delimitación temporal de la cobertura, llamada “descubrimiento”, con fundamento en artículo 4 de la Ley 389 de 1997; esta norma determina que en el seguro de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia del contrato. 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.

(...)”. (negrita y subrayado de adrede)

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”⁸. (negrita adrede)

Así mismo, vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No 005 proferida por la Contraloría General de la Nación el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

“En aras de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría General de la República y como parte de la política de prevención del daño antijurídico que ha adoptado la entidad para el presente año, a continuación se resaltan algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos, relacionados con la mencionada vinculación de dichas compañías como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal:

- Las compañías de seguros no son gestores fiscales, por ende, **su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.**

(...)

- **Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de**

⁸ Ibíd.

prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.

(...)

•El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.”[1] (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En ese sentido, el ente de control no podrá pasar por alto que las Pólizas de Manejo **No. 21976046/0** y **No. 22155640/0** operan bajo la modalidad de cobertura denominada “descubrimiento” tal y como se pactó en el respectivo condicionado particular así:

CLAUSULA DE DESCUBRIMIENTO

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 de descubrimiento (claims made) y no, de ocurrencia y por lo tanto quedan debidamente amparadas todas las pérdidas que se descubran durante la vigencia de la misma.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto tenemos que, en el caso particular, las supuestas pérdidas fueron descubiertas con el Auto de Apertura No. 1600.20.10.19.057 del 9 de agosto de 2019 por medio del cual se da inicio al proceso de responsabilidad fiscal por los presuntos hechos relacionados con la suscripción de los Contratos No. 200-GTI-0640-2017, 200-GTI-0166-2018 y 200-GTI-1421-2018 en los cuales se pactó honorarios muy por encima de los establecidos en la

tabla de honorarios establecida por la entidad para los años 2017 y 2018. Tal y como se evidencia en la imagen adjunta:

Mediante auto No. **1600.20.10.19.057 (9 de agosto de 2019)**, "**POR EL CUAL SE APERTURA UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**", se decretó en su artículo cuarto las siguientes pruebas.

Por lo anterior, el descubrimiento de las pérdidas objeto de investigación fiscal se materializó con la notificación del Auto de Apertura No. 1600.20.10.19.057 del 9 de agosto de 2019, es decir, por fuera de la vigencia de las Pólizas de manejo **No. 21976046/0 y No. 22155640/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2016 al 20 de septiembre de 2017 y desde el 21 de septiembre de 2017 al 20 de septiembre de 2018 respetivamente. Por lo anterior, al no cumplirse con el requisito pactado en los contratos de seguro esta no está llamada a afectarse bajo ningún criterio fáctico o jurídico.

Se concluye, que al no reunirse los presupuestos para que operen las Pólizas de Manejo **No. 21976046/0 y No. 22155640/0** pactadas bajo la modalidad de "descubrimiento", la cual sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a mi prohijada, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de esta. Máxime cuando, el auto de apertura se profirió por fuera de la vigencia de las pólizas.

B. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE MANEJO No. 22335903/0.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Manejo No. 22335903/0**. Toda vez que, las pruebas allegadas al plenario acreditan que no existe un hecho generador del presunto detrimento patrimonial, pues los aquí vinculados como presuntos responsables actuaron bajo la normatividad vigente en contratación estatal y las necesidades de la entidad al requerir un experto que completara el equipo de tecnología de Información ya que no contaban con este tipo de personal en EMCALI por lo que fue necesario requerir a la contratación por prestación de servicios. Por lo tanto, en el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el ente de control endilgar a los presuntos responsables, por el contrario, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en

el expediente, es claro que no existe un hecho que se materialice en un daño a la administración ni mucho menos que éste tenga el impacto de causar un detrimento patrimonial.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que **ALLIANZ SEGUROS S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales documentadas en la **Póliza de Manejo No. 22335903/0**, el amparo que se pretende afectar con la presente acción se pactó así:

INTERES ASEGURADO:

Se ampara al asegurado contra los riesgos que impliquen menoscabo de fondos y bienes, causados por sus servidores públicos y por cualquier empleado, por actos ú omisiones que se tipifiquen como delitos de manejo de bienes contra la Administración Pública, ó el alcance por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, ó fallos con Responsabilidad Fiscal.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento no es otro que el menoscabo de los fondos de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** causados por sus servidores públicos o por cualquier empleado. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Manejo No. 22335903/0** entrará a responder, si y solo sí se causa una imputación de responsabilidad fiscal en cabeza de los servidores públicos de los cargos amparados en el contrato de seguro y que los mismos causen un detrimento a **EMCALI**, 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 imputación, 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 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, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non*

para activar la responsabilidad fiscal 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 en la **Póliza de Manejo No. 22335903/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2018 al 20 de septiembre de 2019 con prórroga hasta el 20 de octubre de 2019, la cual, 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 aquí vinculados como presuntos responsables y sobre el cual se imputó el proceso de responsabilidad fiscal, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado del contrato de seguro vinculado, 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 **ALLIANZ SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente **PRF-1600.20.10.19.1360**.

C. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LAS PÓLIZAS DE MANEJO No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”⁹

⁹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que las las Pólizas de manejo **No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0** contiene una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto.

Por otro lado, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma ininterrumpida.

Lo anterior, en estricto cumplimiento del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas.

(...)

2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

- a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;
- b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y
- c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza. (negrilla y subrayado por fuera del texto original).**

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil mediante la Sentencia de Unificación No. **SC328 del 21 de septiembre de 2023**, señaló que:

Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las Por lo que tal, condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que

corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem.

En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del EOSF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula.

Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es **a partir de allí** donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.

Conforme a lo anterior, las exclusiones son eficaces siempre que consten en caracteres destacados y comiencen a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, tal y como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; exigencia que se cumple en el caso de marras, toda vez que las exclusiones fueron estipuladas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza.

Sobre la ubicación de las exclusiones pactadas en el instrumento asegurativo, en la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la referida entidad, se reafirmó la postura realizando una regulación de la emisión de las pólizas y del contenido que estas debían tener, así:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros:

Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula:

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Co.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1º del art. 1068 del C.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas

interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, es completamente clara, pues indica que los amparos y exclusiones deben consignarse a partir de la primera página de la póliza, esto es, no de forma restrictiva en la carátula de la misma, puesto que, por razones prácticas, por imposibilidad física, y por las indicaciones legales referidas, no es viable que confluyan en esta misma página del contrato de seguro. De hecho, la misma Superfinanciera a través de su Dirección Legal dio respuesta a una consulta formulada por el Representante Legal de Liberty Seguros el pasado 04 de febrero de 2020 (Superintendencia Financiera de Colombia, Radicación No. 2019153273-007-000, trámite: Consultas específicas, remitente: 334000 – DIRECCIÓN LEGAL DE SEGUROS, firmado por Luz Elvira Moreno Dueñas, Director Legal de Seguros), conceptuando lo siguiente:

Bajo esta línea de interpretación, debe entenderse que en aquellos casos en que en consideración al número de amparos y sus respectivas exclusiones, así como la necesidad de ofrecer una descripción legible, clara y comprensible de los mismos, no sea susceptible incorporar todos estos conceptos en una sola página, pueden quedar, tanto los primeros como las segundas, consignados en forma continua a partir de la primera página de la póliza, como lo precisa la instrucción de este Supervisor.

Es preciso enfatizar que la Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tiene por objeto supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

Conforme a lo anterior, y a su clara condición de organismo estatal regulador de la actividad financiera y aseguradora, que por tanto ejerce la supervisión de manera idónea, es que el Decreto 2739 de 1991, en su artículo 3.3, estableció como una de sus funciones, la siguiente:

Emitir las órdenes necesarias para que las entidades sujetas a la inspección, Vigilancia y control de la Superintendencia suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras, y para que se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.

De acuerdo entonces a la función pública que realiza esta entidad es claro que sus conceptos y las circulares que expide tienen un fin orientador, claramente de carácter vinculante, no siendo coherente que expida una circular que vaya en desmedro de los intereses de los asegurados, tomadores o beneficiarios en el contrato de seguro.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de las Pólizas de Manejo **No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0**, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

D. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL COASEGURO
CONTENIDO EN LAS PÓLIZAS DE MANEJO No. 21976046/0; No. 22155640/0 Y No. 22335903/0.

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

Coaseguro				
Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Líder	% de Participación
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	80,00
1041	CEDIDO	LA PREVISORA SA COMPAÑIA DE SEGUROS		20,00

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, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente podrá responder hasta el **80.00%**.

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

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

Lo consignado en la norma en cita se aplica al coaseguro, por estipulación expresa del artículo 1095 del estatuto mercantil, el cual establece:

Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. (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, en concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022 que reza:

“(...) los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio (...)”

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

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

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se estableció un límite de **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000/MCTE)** de los cuales **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente responderá por **SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES (\$640.000.000)** correspondientes al **80.00%** los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

Toda vez que, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, la **Póliza de Manejo No. 22335903/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2018 al 20 de septiembre de 2019 con prórroga hasta el 20 de octubre de 2019, ofrece las siguientes coberturas:

Coberturas y Límites		
Cobertura	Vr. Asegurado	Prima
AMPARO BÁSICO	800.000.000,00	117.831.389,00
BIENES DE PROPIEDAD DE TERCEROS	160.000.000,00	0,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL TEMPORAL	400.000.000,00	0,00
PERDIDAS ORIGINADAS POR PERSONAL DE FIRMAS ESPECIALIZADAS	400.000.000,00	0,00

PROTECCIÓN DE DEPÓSITOS BANCARIOS	400.000.000,00	0,00
CAJAS MENORES	19.500.000,00	0,00
PECULADO (DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA)	800.000.000,00	0,00
ALCANCES FISCALES	800.000.000,00	0,00
GASTOS DE RECONSTRUCCIÓN DE CUENTAS	800.000.000,00	0,00
GASTOS PARA LA RENDICIÓN DE CUENTAS	800.000.000,00	0,00
JUICIOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD FISCAL	800.000.000,00	0,00
PÉRDIDAS CAUSADAS POR EMPLEADOS NO IDENTIFICADOS (ESTATAL)	400.000.000,00	0,00

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, operaría la suma asegurada equivalente a **OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$800.000.000/MCTE)** de los cuales **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente responderá por **SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES (\$640.000.000)** correspondientes al **80.00%**, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

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

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al 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.

F. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁN TENER EN CUENTA DE LOS DEDUCIBLES PACTADOS EN LA PÓLIZA DE MANEJO NO. 22335903/0.

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta los siguientes deducibles pactados en el contrato de seguro: **10% de la pérdida MIN 2 SMLMV.**

DEDUCIBLES

DEDUCIBLES:

Amparo básico: 10 % del valor de la pérdida, mínimo 2 SMLMV.

Demás amparos: 10% del valor de la pérdida, mínimo 4 SMLMV

Para reclamos relacionados con las cajas menores: 5% de la pérdida.

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

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

En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

¹⁰ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el Honorable Juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible que, como se explicó, asciende al **10% de la pérdida MIN 2 SMLMV.**

Es decir que teniendo en cuenta que el detrimento patrimonial declarado en el Auto de imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024 se determinó en \$155.742.411, el deducible aplicable en este caso sería el **10%** (\$15.574.241) para un valor total de \$140.168.169,9, de los cuales **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente responderá por el **80%** correspondiente a **\$112.134.536.** Pero en el remoto evento que el detrimento patrimonial sea modificado, el ente de control deberá nuevamente sacar las cuentas del deducible aplicable que varía dependiendo la cuantía del daño y el coaseguro.

G. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, 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 los presunto responsables sobre los cuales se imputó responsabilidad, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. **El dolo, la culpa grave** y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario **son inasegurables.**

Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva en las Pólizas de manejo **No. 21976046/0; No. 22155640/0 y No. 22335903/0** 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 **ALLIANZ SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente **PRF-1600.20.10.19.1360**, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

H. 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 la sentencia y ante una condena, 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 que **ALLIANZ SEGUROS S.A.** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del C.Co.

CAPÍTULO V. PETICIONES

PRIMERO: Comedidamente, solicito se DESESTIME la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor **ROBERTO REYES SIERRA** y el señor **DANILO ANTONIO RENTERIA SALAZAR** y consecuentemente se ORDENE EL ARCHIVO del proceso identificado con el número **PRF-1600.20.10.19.1360** que cursa actualmente en **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI** por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

SEGUNDO: Comedidamente, solicito se ORDENE LA DESVINCULACIÓN de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** como tercero garante, ya que existe una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que en las Pólizas de manejo **No. 21976046/0** y **No. 22155640/0** no prestan cobertura temporal para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número **PRF-1600.20.10.19.1360** que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI**.

TERCERO: Comedidamente, solicito se tenga en cuenta que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Manejo No. 22335903/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2018 al 20 de septiembre de 2019 con prórroga hasta el 20 de octubre de 2019.

CUARTO: Deberá tenerse en cuenta que el límite máximo de la compañía es del 80.00% del valor del detrimento patrimonial, es decir, que única y exclusivamente, ante una remota condena como tercero civilmente responsable, podrá responder por la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES (\$640.000.000)** de todo el valor asegurado.

QUINTO: En todo caso, el ente de control deberá tener en cuenta que, de acuerdo a la cuantía del detrimento patrimonial declarado en el Auto de imputación No. 1600.20.10.24.194 del 12 de noviembre de 2024 se determinó en \$155.742.411, el deducible aplicable en este caso sería el 10% (\$15.574.241) para un valor total de \$140.168.169,9, de los cuales **ALLIANZ SEGUROS S.A.** únicamente responderá por el 80% correspondiente a \$112.134.536. Pero en el remoto evento que

el detrimento patrimonial sea modificado, el ente de control deberá nuevamente sacar las cuentas del deducible aplicable que varía dependiendo la cuantía del daño y el coaseguro

CAPÍTULO VI. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

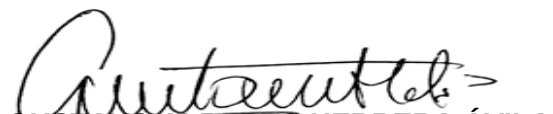
- **DOCUMENTALES**

- 1) Copia de la **Póliza de Manejo No. 21976046/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2016 al 20 de septiembre de 2017.
- 2) Copia de la **Póliza de Manejo No. 22155640/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2017 al 20 de septiembre de 2018.
- 3) Copia de la **Póliza de Manejo No. 22335903/0** cuya vigencia corrió desde el 21 de septiembre de 2018 al 20 de septiembre de 2019 con prórroga hasta el 20 de octubre de 2019.

CAPÍTULO VI. NOTIFICACIONES

El suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212 de la ciudad de Cali. Email: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Contralor, 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.