

Señores

CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA.

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO: SOIF – 073 – 2024.
ENTIDAD AFECTADA: MUNICIPIO DE ARGELIA
VINCULADOS: JAIME ALBERTA CHALARCA YEPES – GILDARDO RESTREPO LÓPEZ
TERCEROS VINCULADOS: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., 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 especial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, identificada con NIT. 860.002.400-2, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y en el memorial poder que me permito aportar, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, manifiesto comedidamente que procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA Y VINCULACIÓN DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** No. 805 del 23 de diciembre de 2024, a través del cual se vinculó a mi representada, solicitando desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. **ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas en el hallazgo fiscal No. 3 denominado producto de la auditoría de cumplimiento practicada al **MUNICIPIO DE ARGELIA**. En el cual relata que se verificó que durante la vigencia 2023 el ente territorial expidió una serie de resoluciones a través de las cuales concedió la prescripción por deudas por concepto de impuesto predial y sobretasa bomberil correspondientes a las vigencias 2015, 2016 y 2017.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 805 del 23 de diciembre de 2024, se dio apertura al Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con radicado SOIF-073-2024, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **TRECE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA**

Y CINCO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$13.745.669), vinculando como presuntos responsables a los señores:

- JAIME ALBERTO CHALARCA YEPES, identificado con la cedula de ciudadanía No 6.481.751, en calidad de ALCALDE, para el periodo del 01 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019.
- GILDARDO RESTREPO LÓPEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.482.335, en calidad de ALCALDE, para el periodo del 1 de enero de 2020 hasta el 31 de diciembre de 2023.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento del asunto con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

Vinculación de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS., en calidad de tercero civilmente responsable:

Seguidamente, en el desarrollo del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal, el Auto de Apertura No. 805 del 23 de diciembre de 2024 del 23 de diciembre de 2024, procedió con la vinculación de mi representada, en calidad de tercero civilmente responsable, en virtud de la Póliza Multirriesgo No. 1000617.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría Departamental del Valle del Cauca incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha Póliza de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al operador fiscal, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGURO**, del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

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

A. SE CONFIGURÓ LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.

En el presente caso, se configuró la caducidad de la acción fiscal, razón por la cual no es posible continuar con este proceso de responsabilidad fiscal. Es necesario indicar, que los hechos objeto de investigación por parte de la Contraloría, se relacionan con presuntas irregularidades en el

cobro del impuesto predial y complementario y sobretasa bomberil, generando que en la vigencia 2023 el Municipio tuviera que conceder las prescripciones de la acción de cobro sobre dichas obligaciones.

La prescripción es definida en el artículo 2512 del Código Civil, como “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”.

En ese sentido, el momento a partir del cual se debe realizar el computo de la caducidad de la acción fiscal es desde que se configuró la prescripción para cada una de las obligaciones fiscales. Sería un error, por parte de la Contraloría, tener en cuenta únicamente la fecha en la que se expidió el acto administrativo que declaró dicha prescripción, debido a que, en el contexto en el que nos encontramos, dichos actos son meramente declarativos y no constitutivos, por cuanto, la prescripción de la acción de cobro en favor del Municipio opera en virtud de la ley, concretamente, en los términos establecidos en el artículo 817 y 818 del Estatuto Tributario:

Artículo 817. *La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:*

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.*

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.

ARTICULO 818. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN. *El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.*

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,*

- La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.

- El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, el término que se debe contar para que se configure la caducidad de la acción fiscal es el establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, que establece lo siguiente:

Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

En virtud de los argumentos esbozados, es necesario indicar que para varias de las obligaciones cuya prescripción se declaró por parte del Municipio, ya operó la caducidad de la acción fiscal; pues, los actos administrativos a través de los cuales se declaró la prescripción, la declararon para periodos de tiempo que incluyen vigencias muy antiguas; tal y como se observa a continuación:

- Resolución No. 001 del 7 de febrero de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2012, por la que la prescripción se configuró en enero del 2017, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 7 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 003 del 17 de febrero de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde abril de 2007, por la que la prescripción se configuró en abril del 2012, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 12 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 004 del 1 de marzo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2011, por la que la prescripción se configuró en enero del 2016, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 6 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.

- Resolución No. 005 del 4 de marzo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2011, por la que la prescripción se configuró en enero del 2016, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 6 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 007 del 18 de marzo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2009, por la que la prescripción se configuró en enero del 2014, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 10 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 009 del 20 de abril de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2014, por la que la prescripción se configuró en enero del 2019, fecha desde la cual transcurrieron más de 5 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 010 del 20 de abril de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2004, por la que la prescripción se configuró en enero del 2009, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 15 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 011 del 17 de mayo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2004, por la que la prescripción se configuró en enero del 2009, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 15 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 011 del 17 de mayo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2004, por la que la prescripción se configuró en enero del 2009, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 15 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 012 del 24 de mayo de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2014, por la que la prescripción se configuró en enero del 2019, fecha desde la cual transcurrieron más de 5 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 014 del 6 de junio de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde abril de 2008, por la que la prescripción se configuró en abril del 2013, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 11 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.

- Resolución No. 015 del 23 de junio de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2008, por la que la prescripción se configuró en enero del 2013, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 11 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 016 del 8 de julio de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 1999, por la que la prescripción se configuró en enero del 2004, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 20 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.
- Resolución No. 020 del 31 de agosto de 2023, se declara la prescripción de obligaciones tributarias desde enero de 2007, por la que la prescripción se configuró en enero del 2012, fecha desde la cual transcurrieron aproximadamente 12 años sin que la Contraloría hubiera si quiera realizado un hallazgo, superando el término de cinco años para la configuración de la caducidad de la acción fiscal.

Por lo anterior, resulta evidente que para gran parte de las obligaciones prescritas se habría configurado la caducidad de la acción fiscal, razón por la cual, este proceso de responsabilidad fiscal no puede continuar, porque carece la Contraloría de competencia temporal para actuar.

B. ELEMENTOS DE LA 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.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente No. 2108483, C.P. Doctor 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 bajo el consecutivo SOIF-073-2024.

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

Es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto a 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 párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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 demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

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

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

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

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

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

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

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

En resumen, la culpa grave es un concepto jurídico que puede identificarse con todos aquellos comportamientos supremamente negligentes que son llevados a cabo por parte de las personas más descuidadas. Ahora, en lo que respecta al dolo, nuevamente se debe abordar el ya analizado artículo 63 del C.C., el cual explica:

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

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

De esta manera, para endilgarle responsabilidad fiscal al vinculado, 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, por cuanto se encuentran totalmente demostradas una serie de actuaciones en cabeza de los investigados, tendientes al cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios.

² 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

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

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, resulta claro 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 culposo, pues lo cierto es que ninguna de ellas se enmarca dentro de lo ocurrido en el *sub judice*.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa en cabeza de los señores JAIME ALBERTO CHALARCA YEPES y GILDARDO RESTREPO LOPEZ. Sin embargo, si por alguna razón el operador fiscal llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta de los implicados, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

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

D. EN ESTE CASO, EXISTE INCERTIDUMBRE SOBRE EL DAÑO FISCAL.

Tratándose de un proceso de responsabilidad fiscal que surge con ocasión a la prescripción de unas obligaciones fiscales, es necesario indicar, que hay una incertidumbre en existencia y cuantificación del daño. Esto por cuanto, el hecho de que se causen impuestos no significa necesariamente que en todos los casos serán efectivamente recaudados, pues existen diversas circunstancias que podrían impedir que se realice ese recaudo tributario.

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

*“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 este orden de ideas, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal es necesario que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el proceso, por lo cual, le corresponde a la entidad fiscal demostrar que verdaderamente existió un detrimento patrimonial. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

*“Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona”.*⁵

Es importante señalar, que la obligación en cabeza de las entidades públicas, relacionada con el recaudo tributario, es de medio y no de resultado, pues la actividad exigible a la administración es la de iniciar con el procedimiento de cobro y adelantar todas las acciones pertinentes para llevarlo a buen término, sin que con ello sea posible exigirle un resultado concreto, pues como se viene manifestando, éste puede verse afectado por diversos factores que impidan el recaudo en favor de la administración.

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

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría General de Santiago de Calicutencia Departamental Colegiada de Caldas debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la compañía de seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el operador fiscal no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

“Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se

⁴ Sentencia del 15 de noviembre de 2007. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Gustavo Aponte Santos. Radicado 11001-03- 06-000-2007-00077-00(1852).

⁵ Sentencia del 16 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. María Elizabeth García González. Radicación: 68001-23-31-000-2010-00706-01.

surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.”

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, emitido por la Contraloría General de la República. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el artículo 44 de la Ley 610 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. Lo anterior, por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en las pólizas.

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 República 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 la Póliza Multiriesgo No. 1000617, expedida por **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta; pues, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

A. FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA No. 1000617 – INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL CONTRATO DE SEGURO.

La Póliza Multiriesgo No. 1000617 no ofrece cobertura material para los hechos objeto de investigación en este proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, debido a que, al observar los amparos cubiertos por el contrato de seguro, encontramos que no se contemplaron los “fallos con responsabilidad fiscal; sino únicamente, el amparo de manejo global sector oficial; razón por la cual, para que la Póliza pueda ser afectada, la Contraloría debería acreditar que los hechos investigados se encuadran en conductas que se tipifiquen como delitos de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa, de conformidad con el concepto de dicho amparo. Frente a lo que debe entenderse por “manejo” en el derecho de seguros, el profesor Arturo Gómez Duque en su libro el “*Régimen de Seguros. Tomo II. El contrato de Seguro. Parte Especial*”⁶ menciona lo siguiente:

“663. QUÉ HEMOS DE ENTENDER POR “MANEJO”

El significado que hemos de atribuir a la expresión “manejo” que utiliza la ley tiene un contenido especialísimo, y por ello no sirve acudir al diccionario de la lengua para entenderlo, sino que debemos encontrarlo en el que le asignan las propias normas jurídicas.

Así, luego de leer y analizar éstas, podemos concluir que:

⁶ Gómez Duque, A. (2017). Régimen de Seguros. Tomo II. El contrato de seguro. Parte Especial. Biblioteca Jurídica Diké.

“Manejo” es la actividad relacionada con bienes o valores ajenos entregados a alguien por contrato, por disposición legal o por el juez.

Pueden ocurrir muchos casos, pero enunciemos algunos emblemáticos:

- 1. Manejo que debe cumplir el comodatario o el depositario respecto de bienes entregados en comodato o en depósito.*
- 2. Manejo que debe cumplir el secuestre respecto de los bienes que ha recibido el juez en secuestro.*
- 3. Manejo que debe cumplir el administrador de bienes o valores del Estado conforme al acto que los ha puesto al cuidado y administración de aquel.*
- 4. Manejo que debe cumplir el administrador de bienes o valores confiados a él por una persona privada.*

En casos como los enunciados y similares, el particular, el juez o la ley, pueden exigir al encargado del “manejo” el otorgamiento de un seguro de manejo que garantice el pago de los perjuicios que se lleguen a causar por el mal comportamiento.

(...) De lo que hemos venido puntualizando sin dificultad se infiere la naturaleza del seguro de manejo, que es aquel donde, confiados algunos bienes o valores a una persona cualquiera, la ley, el acreedor o el juez le pueden exigir “póliza de manejo”, donde el asegurador se compromete a resarcir los perjuicios que la persona pública o privada interesada en los bienes, pueda sufrir por el mal manejo del administrador.

Así, al secuestre, al albacea, al síndico de la quiebra, etc, se les exige prestar caución, que puede ser el seguro de manejo.

También al que se le encomienda la administración de bienes ajenos, como es el empleado de un almacén, puede exigirse póliza de manejo que garantice el pago de las pérdidas por la deficiente administración dolosa o culposa.

Lo dicho por Jorge Eduardo Narváez Bonnet es muy sustancioso y sintético. Dice él:

Como se expresó en páginas anteriores, los denominados seguros de manejo tienen su origen en las denominadas fianzas de fidelidad (fidelity bonds) que tienen por objeto amparar al empleador por las pérdidas de dinero o bienes ocasionadas por sus empleados y como consecuencia del desfalco, falsificación, malversación, sustracción dolosa, mal uso y en general, cualquier tipo de acciones fraudulentas o dolosas cometidas por los empleados en detrimento del empleador.

“Este tipo de pólizas de manejo puede ser de carácter individual, si ampara a un empleado específico; colectivo, si la cobertura comprende un número determinado de empleados y global comercial, cuando el objeto es garantizar la totalidad de los empleados”.

De la misma manera, el Consejo de Estado⁷ coincide en que la cobertura del seguro de manejo está referida a actos tipificados como delitos:

*“[...] en la denominada póliza global de manejo, las entidades públicas o privadas se precaven frente a los perjuicios que pueden sufrir en su patrimonio con ocasión de la pérdida de sus fondos y bienes, proveniente de las actuaciones de sus empleados en ejercicio de sus cargos y como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de dichos servidores. Tratándose de las entidades estatales, **el seguro de manejo las ampara de los actos que sean tipificados como delito contra***

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de junio de 2013, rad. 25472, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Página 18 de 31

la administración pública, es decir que en estos casos, el riesgo está fundado en la administración dolosa o gravemente culposa de los bienes y valores confiados al funcionario en razón de su cargo”.

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto 2002019456-1 de 12 de noviembre de 2002, define la concepción del seguro de manejo con referencia a conductas de tipo penal:

“El seguro de manejo tiene como objeto amparar al asegurado contra las pérdidas causadas por sus empleados con ocasión de la comisión de las conductas tipificadas en nuestro ordenamiento penal bajo los delitos de hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa”.

Con base en lo dicho, para que una pérdida sufrida por el asegurado genere una obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora (es decir, que sea considerada como siniestro) se requiere la comisión de una conducta dolosa o una infracción fraudulenta o deshonesta cometida por el empleado o funcionario, la cual debe presentarse durante la vigencia de la póliza. Lo anterior no significa que sea menester contar con una sentencia penal previa, sino que se acredite plenamente que se reúnen los elementos para un tipo penal.”⁸ ”

De esta manera, la Contraloría debe aplicar una interpretación restrictiva, tal y como lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia de manera pacífica, al afirmar, que las disposiciones contractuales, deben analizarse de una manera similar a las normas legales, es decir, no desatendiendo el tenor literal de cada disposición. Al respecto, la doctrina ha indicado lo siguiente:

“...la lógica y el buen sentido imponen al juez temperamento y coherencia, en cuanto no puede, so pretexto de ambigüedad de un texto, dada la ‘falibilidad del lenguaje’ o la anfibología de un signo, lanzarse a un entendimiento que riña con el sentido propio de ellos. La regla no se encuentra en el código dentro del elenco del título ‘De la interpretación de los contratos’, pero sí aparece en lo que hace a la ‘Interpretación de la ley’: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (art. 27). Gráficamente se dice que al juez no le está permitido reescribir el contrato.”⁹

Lo dicho por la doctrina es igualmente afirmado por la jurisprudencia, en especial, cuando se afirma que el contrato de seguro es de interpretación restrictiva, como bien lo ha entendido desde atañe la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“... en cuanto al contrato de seguro propiamente dicho, ha sostenido la Corte que “debe ser interpretado en forma similar a las normas legales y sin perder de vista la finalidad que está llamado a servir, esto es comprobando la voluntad objetiva que traducen la respectiva póliza y los documentos que de ella hacen parte con arreglo a la ley (Arts. 1048 a 1050 del C de Com.), los intereses de la comunidad de asegurados y las exigencias técnicas de la industria. Dicho en otras palabras, el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse ‘escritura contentiva del contrato’”

⁸ Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2023). El seguro de manejo y el seguro de cumplimiento. En Teoría General del Seguro. Los seguros en particular (pp. 159-185). Editorial Temis S.A.

⁹ Hinestroza, F. (2014). Tratado de las OBLIGACIONES. Concepto, Estructura y Vicisitudes (Segunda reimpresión a la tercera ed.). Universidad Externado de Colombia.

Nótese, de la copiosa jurisprudencia y doctrina traída a colación, que la interpretación del contrato de seguro no es una cuestión donde el juzgador conste de un amplio margen de movilidad sino que, por el contrario, es uno de los casos excepcionales, donde el negocio jurídico asegurativo debe ser interpretado de forma estricta a semejanza de como se realiza la interpretación de las disposiciones legales, siendo pertinente afirmar que, al igual que ocurre con las leyes, si el contrato de seguro es claro en su literalidad, al juzgador no le es válido interpretar sus cláusulas so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 C.C.).

Por las consideraciones expuestas, es necesario que la Contraloría tenga en cuenta que dentro de los amparos contenidos en la Póliza No. 1000617 no se encuentran los fallos con responsabilidad fiscal, razón por la cual, la Póliza no ofrece cobertura material para los hechos objeto de investigación. Máxime teniendo en cuenta que, tal y como se aclaró, el amparo de “de manejo global sector oficial” por su concepto, cubre únicamente conductas que se tipifiquen como delitos; no siendo admisible ninguna otra definición por parte de este despacho en virtud de la interpretación restrictiva aplicable a los contratos de seguro.

B. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA No. 1000617 AL OCURRIR EL SINIESTRO ANTES DE COMENZAR LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA

El auto de apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal del 23 de diciembre de 2024, indica que los hechos objeto de investigación, se originan en la falta de gestión de Municipio de Argelia, para proceder con el cobro del impuesto predial y complementario y sobretasa bomberil causados durante las vigencias 2015, 2016 y 2017, generando que, en la vigencia 2023 el Municipio tuviera que conceder las prescripciones de la acción de cobro sobre dichas obligaciones.

En este sentido, es importante tener claridad sobre el momento en el que habría ocurrido el presunto siniestro, tratándose de presuntas irregularidades en el cobro de obligaciones de carácter fiscal, la fecha que se debe tener en cuenta como fecha de configuración del presunto detrimento patrimonial para la entidad afectada, es la fecha en la cual se configuró la prescripción de la acción de cobro para cada uno de los títulos ejecutoriados. Así, teniendo en cuenta lo manifestado por la Contraloría, la última vigencia en la que se causaron estas obligaciones fue la del 2017, razón por la cual, en los términos del artículo 817 del Estatuto Tributario, la prescripción se habría ocasionado durante la vigencia 2022.

Artículo 817. *La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:*

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*

4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el hecho generador del daño tuvo lugar durante el periodo fiscal 2022, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Póliza No. 1000617 cuya vigencia corrió desde el 10 de junio de 2023, tal y como se observa en la carátula de la Póliza.

VIGENCIA							
DESDE		A LAS		HASTA		A LAS	
DÍA	MES	AÑO		DÍA	MES	AÑO	
10	6	2023	00:00	2	2	2024	00:00

Es claro que, de conformidad con el artículo 1056, el asegurador cuenta con plenas facultades para delimitar el riesgo objeto de amparo en el contrato de seguro, limitando su responsabilidad indemnizatoria a los eventos que se configuren como un siniestro a la luz de las condiciones particulares del contrato de seguro.

Ésta, ha sido la interpretación normativa defendida por la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, que se caracteriza por ser pacífica al respecto. *“se reconoce plena autonomía al asegurador, a quien el artículo 1056 ejusdem, norma aplicable a los seguros de daños y de personas, **le otorgó la potestad de delimitar espacial, temporal, causal y objetivamente los eventos por cuya ocurrencia se obligaría condicionalmente a indemnizar al beneficiario, pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales**”*¹¹

En el caso concreto, se precisa que la Póliza Multiriesgo No. 1000617, se suscribió bajo la modalidad de ocurrencia, esto por cuanto, en dicho contrato de seguro, no se especificó la modalidad de cobertura, por lo que de forma automática se asume que opera en los términos de la referida modalidad. *“Por regla general, el asegurador es responsable de los siniestros que ocurren dentro de la vigencia del contrato de seguro. Así se establece de manera general para todos los seguros en el artículo 1073 del Código de Comercio. Esta modalidad de cobertura, que hasta 1997 era la única permitida en Colombia, es conocida como la modalidad tradicional de cobertura o modalidad ocurrencia”*.¹²

Atendiendo lo anterior, la Póliza Multiriesgo No. 100067, no presta cobertura para los hechos materia de investigación en este proceso de responsabilidad fiscal, pues, tal y como se indicó

¹⁰ Carátula de la Póliza Multiriesgo No. 1000617.

¹¹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4527-2020 del 23 de noviembre de 2020. M.P. FRANCISCO TERNERA BARRIOS. Radicado No. 1101-31-03-019-2011-0061-01.

¹² ÁSQUEZ VEGA, Daniel, “Los seguros de responsabilidad civil en el derecho colombiano”, en GAVIRIA, A. (coord.), Estudios de responsabilidad civil (T. I), Medellín, Editorial EAFIT, 2020, p. 531.

líneas arriba, el siniestro tuvo lugar en el momento en que se configuró la prescripción de la acción de cobro en cabeza del Municipio de Argelia, es decir, en el 2022; esto es, antes de la entrada en vigencia de la Póliza.

Es necesario tener en cuenta, lo dispuesto en el artículo 1073 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: *“Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro”* (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo señalado en el inciso 2 del artículo 1073 del C. Co. es claro que la aseguradora no responderá en los eventos en que el siniestro inicie con anterioridad a la vigencia de la póliza. Por tal motivo, es necesario, que en caso de que se analice la responsabilidad que le corresponde a mi representada, es necesario que se excluyan los hechos relacionados con los anticipos que se ocasionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Póliza.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SC2905-2021 del 29 de julio de 2021, Sala de Casación Civil afirmó que *“la aplicación del inciso 2° del artículo 1073 del Código de Comercio era de rigor, como lo hizo el juzgado de primera instancia, al concluir que (...) no estaba obligada al pago de la condena impuesta a las convocadas, en razón a que el siniestro empezó antes de la cobertura temporal del seguro y continuó después de que la aseguradora asumió los riesgos, eventualidad que la exonera de responsabilidad en el pago del siniestro al tenor del precepto legal señalado”* (subrayado por fuera del texto).

En gracia de discusión, podría llegar a considerar este despacho, que tratándose de una Póliza que contiene dentro de sus amparos la cobertura de manejo, la modalidad de cobertura que debería ser tenida en cuenta es la de descubrimiento, en los términos del artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

ARTÍCULO 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.*

Por lo anterior, es necesario recalcar, que incluso bajo ese supuesto, la Póliza Multirisgo No. 100067 no prestaría cobertura temporal para los hechos que son objeto de investigación en este proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, por cuanto, en ese caso el análisis debe ir dirigido

a establecer si el descubrimiento por parte de la autoridad de control fiscal se dio dentro del periodo de vigencia de la Póliza. En el caso concreto, el proceso de responsabilidad fiscal inicia con base en el hallazgo No. 3 del INFORME DE AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO AL CIERRE FISCAL Y CONTROL FISCAL INTERNO AL PROCESO DE CIERRE FISCAL llevado a cabo por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca en noviembre de 2024¹³; con posterioridad al fenecimiento del periodo de vigencia de la Póliza, que tal y como se indicó líneas arriba corrió desde el 10 de junio de 2023 hasta el 2 de febrero de 2024.

VIGENCIA															
DÍA		MES		DESDE AÑO		A LAS		DÍA		MES		HASTA AÑO		A LAS	
10	6	2023	00:00	2	2	2024	00:00								

De este modo, la Póliza Multiriesgo No. 100067 no ofrece cobertura temporal para los hechos materia de investigación en este proceso de responsabilidad fiscal. Ni siquiera si se considerara la modalidad de descubrimiento, comúnmente utilizada en los amparos de manejo. Esto se debe a que, como ya se indicó, el hallazgo que motiva las actuaciones de este despacho ocurrió con posterioridad a la vigencia de la Póliza que se pretende afectar.

Por las razones expuestas, respetuosamente solicito la desvinculación y fallo sin responsabilidad de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** dentro del Proceso de Responsabilidad SOIF-073-2024 que actualmente cursa en la Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca, toda vez que la póliza en cuestión no presta cobertura temporal, al haber ocurrido los hechos materia de investigación, con anterioridad a la entrada de vigencia de la Póliza.

2. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZA No. 1000617

En materia de contratos 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 2022, 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 de 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**

¹³ Ver carátula del informe en la página 61 del PDF del expediente digital.

de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro.

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se ordena tener en cuenta las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. En este sentido, en el improbable y remoto caso en el que el despacho emita un pronunciamiento encaminado a sancionar a los vinculados como presuntos responsables, se debe tener en cuenta que de conformidad con los hechos que motivan este proceso de responsabilidad fiscal, se configuraron dos de las exclusiones pactadas en las condiciones generales y particulares del contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

5. DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO, SU CÓNYUGE O DE CUALQUIER PARIENTE SUYO HASTA EL CUARTO GRADO CIVIL DE CONSANGUINIDAD, SEGUNDO DE AFINIDAD Y PRIMERO CIVIL, O DE SUS EMPLEADOS, REPRESENTANTES O SOCIOS.

14

7. ACTOS CONOCIDOS O NO POR EL ASEGURADO EJECUTADOS POR SUS TRABAJADORES, CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE INICIACIÓN DEL SEGURO O CON POSTERIORIDAD A SU VENCIMIENTO.

15

Esta exclusión es eficaz de conformidad con los requisitos exigidos en la sentencia de unificación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2022¹⁶, en tanto resultan claras y entendibles de para cualquier persona, escrita en caracteres legibles y ubicada después de los amparos.

Respecto a la primera exclusión citada, se encuentra configurada, como quiera que el dolo y la culpa grave son elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad fiscal, por lo que en el remoto caso en que este despacho, encuentre que se configuran los elementos de la misma, dicha circunstancia es, por ministerio del contrato celebrado entre las partes, inasegurable. Misma situación ocurre con la segunda exclusión citada, toda vez que, tal y como se indicó sobre la falta de cobertura temporal de la Póliza, el supuesto daño fiscal que está siendo investigado en este proceso se ocasionó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Póliza.

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

Es fundamental que el operador fiscal tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de

¹⁴ Condicionado General de la Póliza Multiriesgos No. 100067 – SECCIÓN II: EXCLUSIONES – SUBSECCIÓN I: EXCLUSIONES APLICABLES A TODA LA PÓLIZA,

¹⁵ Condicionado General de la Póliza Multiriesgos No. 100067 – SECCIÓN II: EXCLUSIONES – SUBSECCIÓN X: EXCLUSIONES APLICABLES ÚNICAMENTE A LA SUBSECCIÓN X: GLOBAL MANEJO SECTOR PRIVADO DE LA SECCIÓN I (AMPAROS)

¹⁶ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de septiembre de 2022. - SC2879-2022. M.P. LUIS ALFONSO RICO PUERTA. Radicado Número. 11001-31-99-003-2018-72845-01

esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

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

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)¹⁷

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

***“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe.** Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo*

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

acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

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

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

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la Ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. Para el caso concreto, el objeto de amparo de la Póliza de Manejo No. 3000196, es el de cubrir a la entidad asegurada por las pérdidas patrimoniales que se causen por uno o varios de sus empleados.

En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

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

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los vinculados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza Multiriesgo No. 1000617, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el operador fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el consecutivo SOIF-073-2024.

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

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

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

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

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

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

derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción del riesgo asumido, que en este caso resulta ser la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$40.000.000), para el amparo que se pretende afectar, es decir, el de “cobertura global de manejo oficial”, tal y como se observa en la carátula de la póliza.

AMPAROS CONTRATADOS				
No.	Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	40,000,000.00	NO	0.00
9	COBERTURA GLOBAL DE MANEJO OFICIAL	40,000,000.00	SI	727,232.88
Deducible: 15.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA Mínimo 2.00 SMLLV NINGUNO				

19

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al operador fiscal 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.

E. EXISTENCIA DE UN DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO.

Adicionalmente y sin perjuicio de las razones expuestas que indican que no hay responsabilidad de mi representada, y de los demás argumentos que se presentarán más adelante, también se debe tener presente que al momento de convenir los amparos en la póliza que nos ocupa, se establecieron una serie de condiciones que deberán de ser tenidas en cuenta a la hora de dictar un fallo.

En primer lugar, se pactó un deducible, que corresponde a una suma de dinero del valor del siniestro que se asumirá el asegurado como coparticipación en el mismo. Es por ello, que en las caratulas de la póliza expedida por mi Representada, se concertó un deducible el cual corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el Municipio de Argelia. En este caso se pactó un deducible, para los eventos como el que motiva esta acción, que corresponde al 15% del valor de la pérdida con un monto mínimo ascendente a dos (2) SMLMV.²⁰

AMPAROS CONTRATADOS				
No.	Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	40,000,000.00	NO	0.00
9	COBERTURA GLOBAL DE MANEJO OFICIAL	40,000,000.00	SI	727,232.88
Deducible: 15.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA Mínimo 2.00 SMLLV NINGUNO				

21

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

¹⁹ Carátula de la Póliza Multiriesgo No. 1000617

²⁰ Carátula de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 42080994000000054

²¹ Carátula de la Póliza Multiriesgo No. 1000617

Por otra parte, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador. Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño". Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora, podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores²²

De esta manera, en el hipotético evento en el que el Despacho encuentre que a mi representada le asiste el fundamento del deber de reparar en virtud de lo pactado en la Póliza Multirisgo No. 1000617. 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 15% de la pérdida – mínimo 2 SMLMV.

F. 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 mismos hechos, dicho valor se disminuirá de acuerdo con la imputación de esos importes, siendo que, si para la fecha de la decisión y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada, o un pago parcial.

²² Superfinanciera (2019). Concepto 2019098264. "Seguros, Pago de Indemnización, Seguro de Responsabilidad Civil". Agosto 29. Página 29 de 31

En los anteriores términos, solicito respetuosamente, declarar probada esta excepción.

G. SUBROGACIÓN

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 los artículos 1096 a 1099 del Código de Comercio, en el hipotético y remoto evento en el que la PREVISORA deba pagar una indemnización por este proceso de responsabilidad fiscal, la compañía se subroga hasta la concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado, contra las personas responsables del siniestro; como también quedó establecido en el condicionado general de la Póliza No. 1000617:

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: SUBROGACIÓN

De acuerdo con lo previsto por los artículos 1096 a 1099 del Código de Comercio en virtud del pago de la indemnización, **PREVISORA** se subroga, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado, contra las personas responsables del siniestro.

23

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **PROFIERA FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** en contra de los señores JAIME ALBERTO CHALARCA YEPES y GILDARDO RESTREPO LÓPEZ y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** dentro del proceso identificado con el consecutivo SOIF-073-2024, que cursa actualmente en la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable.
- B. Comedidamente, solicito se **ABSUELVA** de toda responsabilidad como tercero civilmente responsable a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza Multirisgo No. 1000617, no presta cobertura para los hechos objeto de investigación en este proceso de responsabilidad fiscal.

Subsidiariamente:

- C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tengan en cuenta las condiciones

²³ Clausulado General de la Póliza No. 1000617

particulares de la Póliza Multiriesgo 100067, en especial el límite del valor asegurado y el deducible establecido en su carátula.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la Póliza Multiriesgo No. 100067, con sus condiciones generales y particulares.
- 1.2. Certificado de Existencia y Representación Legal de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 1.3. Poder debidamente conferido al suscrito.

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

VI. NOTIFICACIONES

- Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Oficina 212, Centro Empresarial Chipichape en la ciudad de Cali, o en la dirección electrónica: 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.