

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA

D.P. SANDRA PATRICIA VELASCO RIVERA

E. S. D.

REFERENCIA:	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE:	PRF-80762-2023-45437
ENTIDAD AFECTADA:	UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO
VINCULADOS:	NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS
TERCEROS VINCULADOS:	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE APERTURA (AUTO No. 820 del 23 de diciembre de 2024)

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado 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**, sociedad legalmente constituida, identificada con NIT 860.002.400-2, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., conforme al memorial poder y certificado de existencia y representación legal adjunto, sometida a control y vigilancia permanente por la Superintendencia Financiera, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA No. 820 del 23 de diciembre de 2024**, por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 300196, solicitando desde ya, sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele y, consecuentemente, se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con anticipos de viáticos y gastos de viaje sin legalizar con corte al 31 de diciembre de 2020 y 31 de diciembre de 2022. En criterio del órgano de control, la entidad afectada (Universidad del Pacífico) en el desarrollo de sus actividades propias, y en pro de llevar a cabo su objeto misional frente a las obligaciones con el personal, giró a diferentes terceros sumas de dinero por concepto de viáticos y gastos de viaje, cada uno con fines específicos. En razón a ello y con base en la revisión adelantada a los soportes del proceso contable, y procedimientos internos del Departamento Financiero de la entidad afectada, en la visita que se realizó en el periodo

del 23 al 27 de octubre del año 2024, se evidenció por parte del personal de la Contraloría y según su dicho, que en la vigencia 2020 y 2022 existen avances pendientes por legalizar en cuantía de \$172.655.304 Pesos M/cte, girados en su momento a funcionarios para cubrir viáticos y gastos de viaje.

En este sentido, por medio del auto de apertura No. 820 del 23 de diciembre de 2024, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial de **DIECISIETE MILLONES CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$17.103.252)**, a través del cual se vinculó como presunto responsable fiscal a la siguiente persona natural:

- NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.472.152, en su calidad de Director Administrativo y Financiero, para la época de los hechos.

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

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

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196 expedida por mi procurada, con una vigencia comprendida del 30 de marzo de 2022 al 30 de marzo de 2023 para el certificado 0, del 30 de marzo de 2023 al 30 de marzo de 2024 para el certificado 1, y del 30 de marzo de 2024 al 30 de marzo de 2025 para el certificado 3, con una modalidad de cobertura denominada “*descubrimiento*”, con un valor asegurado de \$627.858.000 Pesos M/cte para el amparo contratado y que se pretende afectar (fallos con responsabilidad fiscal), con una participación en el riesgo asegurado del 100%, y un deducible equivalente al 10% del valor de la pérdida, mínimo 5 SMMLV.

Ahora bien, tal como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en 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 honorable operador fiscal, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya, **LA DESVINCULACIÓN** de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

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

De conformidad con las documentales obrantes en el expediente dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 80762-2023-45437, es pertinente destacar que no obra prueba que determine la existencia de un presunto detrimento al Estado derivado del actuar doloso o gravemente culposo en cabeza de Niko Hernando Durán Palacios. Lo que se advierte es que, los recursos financieros de la universidad fueron debidamente administrados, en la medida que, contrario a lo afirmado por la Contraloría en el auto de apertura, todos los gastos de viáticos para la vigencia 2020 y 2022, fueron debidamente legalizados y cada uno de ellos cuenta con su soporte documental que respalda el gasto.

Dicho en otros términos, dentro del auto de apertura fueron relacionadas una serie de pruebas documentales, que evidentemente no denotan una conducta propia de un actuar gravemente culposo y mucho menos doloso, sino que, contrario sensu, un alto grado de diligencia y cumplimiento de las funciones legalmente establecidas del Director Administrativo y Financiero de la Universidad del Pacífico. Sin que este sea responsable del hecho generador del daño investigado por la Contraloría, ya que ni siquiera le correspondía, hacerle seguimiento y control a la legalización de los gastos y anticipos para viáticos.

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

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

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

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

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

con culpa. (iii) Un elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.”

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el operador fiscal no tendrá una alternativa diferente que archivar el proceso de Responsabilidad Fiscal identificado bajo el No. 80762-2023-45437.

A. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.

Es pertinente precisar a este despacho que de conformidad con el análisis realizado al acervo probatorio que obra en el expediente 80762-2023-45437, no se evidencia la configuración de un daño patrimonial al Estado con ocasión al actuar del presunto responsable fiscal, respecto a la falta de legalización de los gastos de viáticos de los empleados y personal de la Universidad del Pacífico para la vigencias 2020 y 2022. Contrario sensu, está demostrado que los recursos fueron girados al personal de la Universidad del Pacífico, para el cumplimiento de un rol en específico. Además, al proceso se allegaron las respectivas evidencias contables y financieras que respaldan cada uno de los gastos supuestamente no justificados, lo que permite entrever la gestión eficaz, eficiente y sin reproche fiscal, por parte del hoy presunto responsable en su calidad de Director Administrativo y Financiero de la Universidad del Pacífico, para la época de los hechos. Quien además, como ya se anunció, no era el encargado directo de supervisar, vigilar y controlar, la legalización oportuna o no, de los gastos por concepto de viáticos, ya que esta función era propia del Tesorero o área de Tesorería de la Universidad del Pacífico, tal como está respaldado en el procedimiento interno de la Institución.

Tal y como se expuso anteriormente, para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor del mencionado fallo es el siguiente:

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, "... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública", al paso que "... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que 'el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos'**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).¹

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

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

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se

¹ Ibidem.

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

encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso. Además, es importante resaltar, que dentro 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 ineludiblemente 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.

En este orden de ideas, se concluye que no existe suficiente material probatorio que determine la configuración del elemento de la culpa frente a la actuación de los presuntos responsables fiscales, toda vez que no se demuestra este elemento configurativo de la responsabilidad fiscal, por ende, en punto a lo anterior, se precisa que resulta irrisorio establecer el monto de **DIECISIETE MILLONES CIENTO TRES MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$17.103.252)** con ocasión a la supuesta existencia de una afectación al erario público, cuando dentro de las documentales que hasta el momento se han aportado, se advierte que, para la vigencia 2020 a 2022, se acreditaron todos los anticipos y avances de gastos por concepto de viáticos que fueron pagados.

Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, el cual explica que:

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

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción y del proceso de responsabilidad fiscal No. 80762-2023-45437.

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

Es menester acotar que, de conformidad con la relación de las pruebas documentales aducidas por esta Contraloría para dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal que nos ocupa, no es evidente a la fecha, ningún elemento de prueba que denote una conducta

dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor **NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**, contrario sensu, lo que se observa, es que éste no tenía a su cargo la legalización de los avances de viáticos, gastos de viaje y apoyos económicos, pues de acuerdo con el procedimiento establecido por la Universidad del Pacífico, del cual se hizo mención por parte de esta Contraloría en la página 6 del Auto de Apertura, dicha legalización estaba a cargo del tesorero o área de tesorería, pero no en cabeza del Director Administrativo y Financiero de la entidad. Veamos:

Es importante precisar que, el procedimiento de la Universidad del Pacífico "Solicitud y Legalización de Avances de Viáticos y Gastos de Viaje y Apoyos Económicos" código: AP -GA-PR32 Versión 01 establece:

"Quien debe validar que los funcionarios realicen la legalización dentro de los términos, estará a cargo de Tesorería."

"Los requisitos que debe cumplir el solicitante de avance de viáticos, gastos de viaje y apoyo económico son los siguientes:

- Resolución o solicitud aprobada por parte del respectivo Ordenador del Gasto autorizado el avance.*
- La legalización del avance debe efectuarse durante los 5 días hábiles siguientes al regreso de la comisión o gastos de viaje.*
- Los avances no legalizados dentro del plazo estipulado se enviarán mediante relación a la Oficina de Control Interno"*

En este sentido, no se le puede atribuir una gestión antieconómica al presunto responsable en este caso, cuando él ni siquiera participó en el proceso de legalización de los avances de viáticos y gastos de viaje, pues como bien lo menciona el procedimiento interno establecido por la Universidad del Pacífico, anteriormente visto, dicha función de validación y legalización, era propia del Tesorero y área de tesorería, es decir, de un funcionario totalmente distinto al que la Contraloría señaló como presunto responsable del daño (Director Administrativo y Financiero). Si el Director Administrativo y Financiero de la Universidad del Pacífico no ejerció gestión fiscal sobre los hechos investigados por la Contraloría, conforme a lo anteriormente explicado, la consecuencia lógica es que la presente investigación no puede continuar y se debe proceder con el archivo del PRF identificado bajo el No. 80762-2023-45437.

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**. Esto significa, que 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 es necesario que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la

responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

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

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable

el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declaro inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque 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 de **NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS** 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.

De conformidad con lo estipulado por el artículo 63 del Código Civil, se define la culpa grave de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 del presunto responsable. 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 que dan cuenta de una gestión efectiva de los recursos económicos de la entidad supuestamente afectada.

Insistiendo en que no podrá haber calificación de conducta con dolo o culpa grave en contra del señalado presunto responsable (**NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**), cuando a él ni siquiera le correspondía un deber de supervisión, gestión o control fiscal respecto de los recursos investigados por la Contraloría, pues en cuanto a la legalización de gastos por conceptos de viáticos, gastos de viaje y apoyos económicos, el procedimiento interno de la Universidad del Pacífico (Código AP-GA-PR32 Versión 01), señala, que el directo responsable de validar que los funcionarios realicen la legalización dentro de los términos, es el Tesorero o área de Tesorería de la Universidad, pero no el Director Administrativo y Financiero de la misma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En conclusión, luego de haber analizado el auto de apertura y las pruebas que se relacionan y obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a **NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**. Sin embargo, si por alguna razón el órgano de control 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 culposos o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto 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 del investigado, motivo por el cual, resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

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

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura en el caso que nos ocupa, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el órgano de control no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente (Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196), no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, el cual, a la letra reza:

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

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

*“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 bien, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros debe tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el artículo 44 de la Ley 610 del 2000.

De este modo, en aquel documento se estableció que, antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de seguros correspondiente, por cuanto, de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 del 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

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

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

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

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

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 los siguientes requisitos:

“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 presunto 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 de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196 expedida por mi procurada, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de la misma. En este sentido, es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida. Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, así:

A. LA PÓLIZA No. 3000196 NO PRESTA COBERTURA DEBIDO A QUE EL SINIESTRO INICIÓ ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA Y CONTINUÓ BAJO LA VIGENCIA DE LA MISMA.

Es menester precisarle al órgano de control fiscal que la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196 no presta cobertura, en la medida que, al tratarse de una conducta de tracto sucesivo que inició en la vigencia 2020 y terminó en la vigencia 2022, el riesgo asegurado comenzó a realizarse antes de la entrada en vigencia de la aludida póliza y continuó realizándose cuando la vigencia de la póliza inició, por lo que, de conformidad con el artículo 1073 del Código de Comercio, la compañía aseguradora no es responsable del siniestro:

“ARTÍCULO 1073. <RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO>. 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”.

(Negrilla y subrayado fuera del texto).

En el caso concreto, la conducta comenzó desde el 17 de marzo de 2020, con el saldo por legalizar a nombre de Anderson Arroyo Arroyo (causación 1157), y finalizó el 13 de diciembre de 2022 con la causación CAPG-92564, por valor de \$381.165 Pesos M/cte. En este sentido, se puede evidenciar como el riesgo ya existía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Póliza 3000196, la cual estuvo comprendida desde el 30 de marzo de 2022 hasta el 30 de marzo de 2025 (desde el certificado 0 hasta el certificado 3), por lo tanto, al ser un riesgo preexistente al contrato de seguro que siguió materializándose dentro de la vigencia de la aludida póliza, la compañía aseguradora no tiene la obligación de indemnizar el presunto daño fiscal.

Lo anterior, ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en un caso en el que la ejecución de las obras que causaron el daño había iniciado antes de la entrada en vigencia de la Póliza:

“(…) 7. finalmente, Construvillage solicitó declarar próspero el llamamiento en garantía que planteó frente a Seguros Generales Suramericana S.A., en razón a que el artículo 1073 del Código de Comercio, empleado por el juzgado de primera instancia, no resultaba aplicable al sub lite.

Dispone dicho precepto que «[s]i 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.» (Destacó la Corte).

En el expediente reposa la póliza n.º 1012028-1 expedida por Suramericana, con cobertura a partir del 8 de abril de 2014³¹, mientras que la construcción del edificio Village Elite empezó el 24 de febrero de 2014, según el «Acta de inicio de obra» 32 allegada por la propia llamante en garantía y suscrita por las convocadas, en condición de contratantes, con Total Ltda., en calidad de contratista, y por el ingeniero Jaime Guzmán Posada, como interventor de la obra.

Esta data aparece ratificada con el «Acta de entrega y recibo a satisfacción de obra civil. Estructura (sic) proyecto Elite» 33, signada por las mismas personas relacionadas a espacio, así como por el ingeniero Fernando Omaña P., como director de obra, en la cual dejaron constancia de que el levantamiento de la edificación inició el 24 de febrero de 2014 y culminó el 24 de agosto del mismo año; e igualmente la corroboró el testigo Jaime de Jesús Guzmán Posada, ingeniero interventor de Village Elite (audiencia de 1 de febrero de 2017, lapso 2:10:20.)³⁴

En este orden de ideas, aplicando tal norma al caso de autos colige la Sala acertada la determinación fustigada, como quiera que no cabe duda de que el siniestro inició con anterioridad a la cobertura del seguro, de donde la aplicación del inciso final del canon 1073 del estatuto mercantil se imponía.

(…)

Lo dicho traduce que el siniestro, consistente en la ejecución de las obras que afectaron el predio de Leopoldo Suárez Carrillo tras la edificación de Village Elite, se generó a partir del 24 de febrero de 2014, cuando inició esta obra, época para

la cual no se había otorgado la póliza fundante de la vinculación de Seguros Generales Suramericana.

Por ende, 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 Suramericana 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”.⁶

(Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, ante la evidente falta de cobertura de la Póliza de Seguro No. 3000196 con la cual se vinculó a la compañía aseguradora, no es posible exigir el cumplimiento de la obligación indemnizatoria a su cargo, dado que, el riesgo perseguido por la Contraloría comenzó a realizarse desde el 17 de marzo de 2020, fecha en la cual, la aludida póliza no había entrado en vigencia, y siguió realizándose cuando la vigencia ya estaba operando.

B. EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LA PÓLIZA No. 3000196 SOLO PRESTA COBERTURA PARA LOS HECHOS QUE OCURRIERON Y FUERON DESCUBIERTOS EN VIGENCIA DE LA PÓLIZA.

En el remoto caso que el órgano de control fiscal no acoja los anteriores argumentos, se advierte que, la Póliza de Seguro No. 3000196 fue pactada bajo la modalidad de descubrimiento, lo cual, al tratarse de una conducta de tracto sucesivo, implica que solo se cubren los siniestros que ocurran en vigencia de la póliza o con posterioridad de su periodo de retroactividad concertado, pero al mismo tiempo, que sean descubiertos en vigencia de la misma. En resumen, la exigencia es dual: i) que el hecho ocurra en vigencia o con posterioridad del periodo de retroactividad concertado y ii) que la pérdida sea descubierta por el órgano de control en vigencia de la póliza, entendiéndose como descubierta la pérdida con la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, fue pactado en las condiciones particulares de la póliza. Miremos:

AMPARAR A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA CONTRA LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES DE DINERO, VALORES Y BIENES PÚBLICOS CAUSADOS POR SUS EMPLEADOS, EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS, POR INCURRIR EN CONDUCTAS QUE SE TIPIFIQUEN COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SIEMPRE Y CUANDO LA CONDUCTA QUE DIO ORIGEN A LA PÉRDIDA SEA DESCUBIERTA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y TENGAN SU CAUSA EN HECHOS OCURRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA FECHA RETROACTIVA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA Y/O SUS CONDICIONES PARTICULARES.

EL AMPARO BÁSICO DE ESTE SEGURO SE EXTIENDE A CUBRIR LAS PÉRDIDAS ECONÓMICAS RECLAMADAS EN VIRTUD DE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL POR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL QUE SUFRA LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA EXCLUSIVAMENTE EN EL EVENTO QUE EL PROCESO SE ADELANTE POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR LOS EMPLEADOS DE LA ENTIDAD EN EJERCICIO DE LA GESTIÓN FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO FISCAL SE AJUSTEN A LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA.

FECHA DE RETROACTIVIDAD:

CORRESPONDIENTE A LA FECHA DE INICIO DE VIGENCIA DE LA PRIMERA PÓLIZA DE MANEJO CONTRATADA POR LA ENTIDAD ESTATAL BAJO ESTA BASE DE COBERTURA (DESCUBRIMIENTO), SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD. EN CASO DE QUE ÉSTA SEA LA PRIMERA PÓLIZA BAJO ESTA BASE DE COBERTURA LA RETROACTIVIDAD SERÁ EL INICIO DE VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA.

Bajo este tenor, la compañía aseguradora, en gracia de discusión, solo estaría llamada a responder, en un hipotético escenario, por las conductas que fueron cometidas por el

⁶ Sentencia SC2905-2021. (29 de julio de 2021). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación No. 11001-31-03-032-2015-00230-01.

presunto responsable (**NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**), entre el 05 de agosto de 2022 hasta el 13 de diciembre de 2022, dado que, los supuestos pagos no legalizados materializados del 17 de marzo de 2020 al 30 de noviembre de 2020, respectivamente, no pueden ser exigibles a la compañía aseguradora, en tanto el riesgo se realizó por fuera de la vigencia de la póliza, esto es, antes del inicio de la misma. Siendo así, ante el remoto caso de una condena, La Previsora S.A. Compañía de Seguros solo le correspondería cubrir los gastos no legalizados ocurridos y descubiertos dentro de la vigencia de la póliza, específicamente los que se ilustran a continuación, los cuales, en criterio del órgano de control, ascienden a la suma de \$13.637.523 Pesos M/cte:

Para el año 2022 la información corresponde a 15 registros pendientes por legalizar:

Cuadro No. 1 Anticipos de Viáticos y Gastos de Viaje por Legalizar a junio 30 de 2024
(Valores en pesos)

Causación	Fecha Causación	Saldo por Legalizar
4740	5/08/2022	750.600,00
7897	9/12/2022	2.218.220,00
7967	13/12/2022	1.375.471,00
6453	19/10/2022	631.062,00
6363	29-09-2022	922.856,00
CAPG-92568	13/12/2022	242.117,00
CAPG-92568	13/12/2022	167.479,00
4706	28/07/2022	1.255.120,00
4750	8/08/2022	2.142.057,00
6364	29/09/2022	1.215.872,00
7183	18/11/2022	1.285.802,00
4697	28/07/2022	255.224,00
CAPG-92564	13/12/2022	480.000,00
CAPG-92564	13/12/2022	314.478,00
CAPG-92564	13/12/2022	381.165,00
		TOTAL \$ 13.637.523,00

Fuente: Área Administrativa y Financiera UNIPACIFICO
Elaboro: Paola Andrea Mossos Cadavid

Ello, claramente sin perjuicio del límite del valor asegurado para el amparo que se pretende afectar (fallos con responsabilidad fiscal) y de lo que se debe descontar por concepto de deducible, como lo veremos más adelante en detalle.

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

Es preciso indicar que, con ocasión a la presente actuación administrativa, no se materializó el riesgo asegurado, toda vez que, el presunto responsable fiscal no ha actuado de forma dolosa o gravemente culposa. De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, lo que se evidencia es una correcta gestión, seguimiento y cumplimiento de sus funciones desde su rol como Director Administrativo y Financiero de la entidad afectada, para la época de los hechos.

Insistiendo en que no podrá haber calificación de conducta con dolo o culpa grave en contra del señalado presunto responsable (**NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**), cuando a él

ni siquiera le correspondía un deber de supervisión, gestión o control fiscal respecto de los recursos investigados por la Contraloría, pues en cuanto a la legalización de gastos por conceptos de viáticos, gastos de viaje y apoyos económicos, el procedimiento interno de la Universidad del Pacífico (Código AP-GA-PR32 Versión 01), señala, que el directo responsable de validar que los funcionarios realicen la legalización dentro de los términos, es el Tesorero o área de Tesorería de la Universidad, pero no el Director Administrativo y Financiero de la misma.

En estos términos, es fundamental que el órgano de control fiscal tome en consideración que, en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad consagrada en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos (interés asegurado). Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato aseguratorio 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 aseguratorio. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁷

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

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

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

[...]

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

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

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la Ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

En virtud de lo anterior, al identificar la literalidad de la cobertura del contrato de seguro, encontramos lo siguiente:

AMPARAR A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA CONTRA LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES DE DINERO, VALORES Y BIENES PÚBLICOS CAUSADOS POR SUS EMPLEADOS, EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS, POR INCURRIR EN CONDUCTAS QUE SE TIPIFIQUEN COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SIEMPRE Y CUANDO LA CONDUCTA QUE DIO ORIGEN A LA PÉRDIDA SEA DESCUBIERTA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y TENGAN SU CAUSA EN HECHOS OCURRIDOS CON POSTERIORIDAD A LA FECHA RETROACTIVA EXPRESAMENTE PACTADA EN LA PÓLIZA Y/O SUS CONDICIONES PARTICULARES.

EL AMPARO BÁSICO DE ESTE SEGURO SE EXTIENDE A CUBRIR LAS PÉRDIDAS ECONÓMICAS RECLAMADAS EN VIRTUD DE FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL POR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL QUE SUFRA LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA EXCLUSIVAMENTE EN EL EVENTO QUE EL PROCESO SE ADELANTE POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR LOS EMPLEADOS DE LA ENTIDAD EN EJERCICIO DE LA GESTIÓN FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO FISCAL SE AJUSTEN A LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA.

CLAUSULADOS:

CL-MAP-002 (VERSIÓN VIGENTE PUBLICADA EN ISOLUCIÓN AL MOMENTO DE EMISIÓN DEL SEGURO)

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 se acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza del presunto responsable, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública. Máxime, cuando no se cumple con la condición sine qua non de cobertura concerniente a que la pérdida o detrimento sea como consecuencia de un delito en contra de la administración pública por parte del presunto responsable fiscal.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de **NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mí procurada, derivado de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el No. 80762-2023-45437.

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

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de **NIKO HERNANDO DURAN PALACIOS**, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente. En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor de dicha norma puntualiza:

“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación del presunto responsable sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196, por cuanto dicho riesgo no es asegurable.

En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a La Previsora S.A. Compañía de Seguros del proceso de responsabilidad fiscal No. 80762-2023-45437, por cuanto es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubierto ni amparados por la póliza en comento.

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

En el remoto e improbable evento en que el órgano de control considere que la póliza que hoy nos ocupa sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en ese sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de la compañía; exclusivamente bajo esta hipótesis, el operador fiscal 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 investigados 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 una cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de ella va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Comercio, deberá tenerse en cuenta que la limitación de la 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 la 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 términos que a continuación se exponen:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización.”⁸

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

Póliza No. 3000196 (certificado 0):

OBJETO DEL SEGURO: MANEJO

AMPAROS CONTRATADOS

No. Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1 COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	500,000,000.00	SI	48,000,000.00
Deducible: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA MIN 5.00 SMMLV			
2 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	500,000,000.00	NO	0.00
3 FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	500,000,000.00	NO	0.00

Póliza No. 3000196 (certificado 1):

OBJETO DEL SEGURO: MANEJO

AMPAROS CONTRATADOS

No. Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1 COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	566,250,000.00	SI	54,360,000.00
Deducible: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA MIN 5.00 SMMLV			
2 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	566,250,000.00	NO	0.00
3 FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	566,250,000.00	NO	0.00

Póliza No. 3000196 (certificado 3):

OBJETO DEL SEGURO: MANEJO

AMPAROS CONTRATADOS

No. Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1 COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	627,858,000.00	SI	60,274,368.00
Deducible: 10.00 % DEL VALOR DE LA PERDIDA MIN 5.00 SMMLV			
2 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	627,858,000.00	NO	0.00
3 FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	627,858,000.00	NO	0.00

LÍMITE ASEGURADO: COP\$ 566.250.000 POR EVENTO Y EN EL AGREGADO ANUAL VIGENCIA: 1 AÑO (12 MESES A PARTIR DE LA FIRMA DEL ACTA DE INICIO)

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al órgano de control 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

⁸ Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Expediente: 5952.

cuenta en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada. Para una mayor exposición y entendimiento por parte del órgano de control fiscal, el certificado que operaría en este caso particular y concreto, en el evento de declararse la responsabilidad civil de mí procurada con ocasión al contrato de seguro, sería el No. 3, dado que, en la vigencia de este certificado, fue descubierta la pérdida por parte de la Contraloría con la expedición del Auto de Apertura de responsabilidad fiscal No. 820 del 23 de diciembre de 2024. Así las cosas, el límite asegurado que deberá tenerse en cuenta, bajo ese hipotético escenario planteado, será el equivalente a la cifra de **\$566.250.000 por evento y en el agregado anual**.

F. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.

Sin que con el planteamiento de este argumento se esté aceptando responsabilidad alguna en cabeza de mi procurada, 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 presente más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un eventual fallo con responsabilidad fiscal en el que establezca una condena en contra de mi procurada, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

G. EN CUALQUIER CASO, SE DEBERÁ TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO.

Subsidiariamente a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo de este escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el improbable evento en el que el órgano de control considere que la aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta el siguiente deducible pactado en el contrato de seguro: (10% del valor de la pérdida, mínimo 5 SMMLV):

DEDUCIBLES: - 10% DEL VALOR DE LA PÉRDIDA, MÍNIMO 5 SMMLV

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

“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,

Cali - Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075
Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

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

Por lo expuesto, del importe de la eventual indemnización a cargo de mi procurada, deberá descontarse el deducible que una vez calculado y contrastado con la pérdida estimada por el órgano de control fiscal resulte ser mayor.

H. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA No. 3000196.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso en el que el órgano de control fiscal encuentre que el actuar del presunto responsable fue doloso o gravemente culposo, y se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la póliza, ya que puede enmarcarse perfectamente dentro de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

EXCLUSIONES

ADEMÁS DE LAS EXCLUSIONES CONTENIDAS EN EL CLAUSULADO GENERAL SALVO ESTIPULACIÓN EXPRESA EN CONTRARIO, LA PRESENTE PÓLIZA NO SE EXTIENDE A AMPARAR LAS PÉRDIDAS QUE SUFRA LA ENTIDAD BENEFICIARIA COMO CONSECUENCIA DE:

1. GASTOS DE DEFENSA
2. RECLAMACIONES PROPIAS DE OTRA CLASE DE SEGUROS (EXCEPTUANDO EL SEGURO DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS)
3. MERMAS, DIFERENCIAS DE INVENTARIOS Y DESAPARICIONES O PÉRDIDAS EN LAS CUALES NO SE PUEDA ESTABLECER CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR INDEPENDIENTEMENTE QUE SE OTORQUE EL AMPARO DE PERSONAL NO IDENTIFICADO.
4. CUALQUIER PÉRDIDA CONSECUCIONAL QUE SUFRA EL ASEGURADO DERIVADA DE UNA PÉRDIDA AMPARADA POR EL SEGURO DE MANEJO.
5. ACTOS CONOCIDOS POR EL ASEGURADO EJECUTADOS POR SUS EMPLEADOS CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE INICIO DEL SEGURO O CON POSTERIORIDAD A SU VENCIMIENTO.
6. PÉRDIDAS DERIVADAS DE PAGOS REALIZADOS A TERCEROS EQUIVOCADAMENTE O DE CRÉDITOS CONCEDIDOS A TERCEROS NO PAGADOS POR CUALQUIER CAUSA, SALVO CUANDO QUE LA CONDUCTA SE TIPIFIQUE COMO DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, GENERE UN FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL CONTRA EL SERVIDOR PÚBLICO A TÍTULO DE DOLO O DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO
7. PÉRDIDA DE BIENES MIENTRAS SEAN OBJETO DE MOVILIZACIÓN FUERA DE LOS PREDIOS DEL ASEGURADO, O QUE SE ENCUENTREN BAJO LA CUSTODIA DE FIRMAS TRANSPORTADORAS. SALVO QUE SE COMPRUEBE LA PARTICIPACIÓN DE UN EMPLEADO.
8. PÉRDIDAS DERIVADAS DE ACTOS DE EMPLEADOS, QUE PREVIO AL INICIO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PRESENTEN ANTECEDENTES JUDICIALES, DISCIPLINARIOS O FISCALES POR CONDUCTAS DE CARÁCTER DOLOSO.

Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente que, al encontrarse acreditada alguna de las exclusiones mencionadas, el órgano de control fiscal proceda a exonerar de cualquier responsabilidad a la compañía aseguradora, toda vez que la póliza de seguro excluyó expresamente el riesgo objeto de investigación. Haciendo especial énfasis en la exclusión No. 5, la cual se encuentra configurada en el presente caso, respecto de las conductas cometidas por el funcionario asegurado (**NIKO HERNANDO DURAN**

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

PALACIOS) con anterioridad a la fecha de inicio del seguro, esto es, los supuestos gastos sin legalizar y que fueron causados en la vigencia del año 2020.

I. SUBROGACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento en que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza con la cual fue vinculada a este proceso de responsabilidad fiscal, la compañía le asiste la facultad de subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas que se hallen responsables del siniestro. Lo anterior, de conformidad con lo estipulado en el condicionado de la póliza, en concordancia con el artículo 1096 del Código de Comercio.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se DESESTIME la declaratoria de responsabilidad fiscal pretendida en contra del señor **NIKO HERNANDO DURÁN PALACIOS** y, consecuentemente, se ORDENE EL ARCHIVO del proceso identificado con el PRF 80762-2023-45437, que cursa actualmente en la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca, por cuanto de los medios probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

B. Comedidamente, solicito se ORDENE LA DESVINCULACIÓN de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, como tercero garante, ya que existe una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, indefectiblemente, que la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196, no presta cobertura en el caso concreto y de ninguna manera podrá ser afectada.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta, el límite del valor asegurado para el amparo de fallos con responsabilidad fiscal, la disponibilidad de la suma asegurada, las exclusiones configuradas y el deducible. Todo esto concertado en la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196, expedida por mi procurada.

V. MEDIOS DE PRUEBA Y ANEXOS

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Copia de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196 (certificado 0, 1, 2 y 3), con su respectivo condicionado general del ramo de Manejo.
- 1.2. Certificado de existencia y representación legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.
- 1.3. Poder debidamente conferido al suscrito para actuar.

2. PRUEBA POR OFICIO: Solicito comedidamente se libre oficio con destino a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, para que en la práctica de pruebas que se disponga, si es el que proceso continúa hasta esa etapa, se sirva allegar con destino a este proceso de responsabilidad fiscal, un certificado de disponibilidad del valor asegurado en la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000196, respecto de cada uno de los certificados expedidos (0, 1, 2 y 3).

VI. NOTIFICACIONES

Mi procurada y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6 A Bis #35N-100, Oficina 212, Centro Empresarial Chipichape en la ciudad de Cali. Correo electrónico: 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.