

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI – DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Atn: Dra. Luz Arianne Zuñiga Nazareno

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

EXPEDIENTE: 1900.27.06.24.1721

ENTIDAD AFECTADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP

VINCULADOS: DIEGO FERNANDO CORTÉS Y OTROS.

TERCEROS VINCULADOS: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A Y OTROS.

ASUNTO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL AUTO DE APERTURA No. 1900.27.06.236 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2024.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A**, sociedad comercial, legalmente constituida, con domicilio en la ciudad Bogotá con NIT. 891.700.037-9, tal como se acredita con la Escritura Pública No. 1804 del 20 de junio de 2003 y certificado de existencia y representación legal que se aporta, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2024**, por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi representada, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con la ejecución del Contrato No. 4182.010.26.1.505- 2023. Durante la etapa de ejecución del Contrato No. 4182.010.26.1.505-2023, se realizó el pago de dos (2) mantenimientos preventivos (uno al inicio y el otro al final del plazo contractual pactado) con un intervalo entre el uno y el otro de cinco (5) meses a 38 hitos ornamentales por \$176.906.970 con un equipo de personal mínimo de 8 miembros para ejecutar 6 actividades por cada mantenimiento preventivo en cada hito.

En los informes Nos. 01 y 02 la interventoría reportó la realización de las 6 actividades del mantenimiento preventivo No. 01 (al inicio del contrato) solo a 32 hitos ornamentales por \$75.621.587 con un equipo de personal de 5 miembros. El mantenimiento preventivo No. 2 al final del plazo, reportado por la interventoría en el informe No. 4, la ejecución a 33 hitos por \$77.984.762 de las 6 actividades y con personal mínimo de 5 integrantes. El total de los mantenimientos preventivos No. 1 y No. 2, se recalculó por el ente fiscal en \$153.606.349; mientras que en las Actas Parciales Nos. 1 y 3 el valor pactado, autorizado y pagado fue por valor de \$176.906.970 incluido el AU, arrojando una diferencia \$23.300.621.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 1900.27.06.236 del 5 de diciembre de 2024, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **VENTITRES MILLONES TRECIENTOS MIL SEISCIENTOS VENTIUN PESOS** (\$23.300.621) pesos M/cte, vinculando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- DIEGO FERNANDO CORTÉS C.C. No. 94.449.119, en calidad de Director Técnico de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS -UAESP-, para la época de los hechos.
- CARLOS ALBERTO PAZ JIMENEZ C.C. 16.630.108, calidad de Profesional Universitario, supervisor 4182.010.26.1.505-2023.
- CONSORCIO HITOS GL NIT. 901.741.536-3, representado legalmente por el señor JUAN CAMILO RODRIGUEZ AYALA con C.C 1.107.104.544. Contratista.

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 Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi representada, con las vigencias descritas más adelante y donde el Municipio de Santiago de Cali es tomador y asegurado.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría conocedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dichas Pólizas de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al 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 **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

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

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

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

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el órgano de control no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado bajo el Expediente No. 1900.27.06.24.1721.

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

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

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

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

*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,

¹ Ibidem.

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 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 el presente caso no se configura el elemento esencial del daño patrimonial al Estado, necesario para establecer la responsabilidad fiscal, dado que no se acredita la existencia de un menoscabo real, cierto y efectivo al patrimonio público, pues las pruebas aportadas no demuestran que los recursos desembolsados carecieran de soporte en la ejecución Contrato No. 4182.010.26.1.505-2023.

Así las cosas, al analizar los hechos objeto del presente proceso, se evidencia que no se configura daño patrimonial alguno, pues el pago realizado en virtud del **Contrato No. 4182.010.26.1.505-2023** obedeció a la efectiva ejecución de las obligaciones contractuales pactadas.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que la determinación de un presunto sobrecosto en la ejecución contractual parte de una interpretación errónea de la metodología aplicada para la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales. En efecto, la interventoría reportó la ejecución de los mantenimientos preventivos en los términos establecidos en el contrato, lo que desvirtúa la existencia de una supuesta erogación antieconómica. En este orden de ideas, no es posible atribuir responsabilidad fiscal a los aquí vinculados, toda vez que la ejecución de

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.

las actividades contratadas se ajustó a los principios de eficiencia y eficacia que rigen la gestión fiscal, según lo dispuesto en el artículo 3 de la mencionada Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, debe resaltarse que el pago realizado no constituye un detrimento al patrimonio público, sino la contraprestación debida por servicios efectivamente prestados y supervisados por la entidad contratante. En este punto, es pertinente recordar que el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 impone a las entidades estatales la obligación de reconocer y pagar oportunamente las sumas adeudadas por la ejecución de los contratos. En consecuencia, la ausencia de un perjuicio real y cuantificable desvirtúa la existencia de un daño patrimonial al Estado y, por ende, excluye cualquier posibilidad de declarar responsabilidad fiscal en contra de los vinculados.

De otro lado, la cláusula del convenio que regula los pagos establece incentivos económicos para garantizar la permanencia en el programa, no para condicionar el pago únicamente a la asistencia. Por tanto, no puede calificarse como pérdida patrimonial el cumplimiento de obligaciones contractuales claras y previamente definidas.

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

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

Corolario de lo anterior solicito respetuosamente al órgano de control proceder con el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No. 1900.27.06.24.1721.

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

Es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la culpa grave. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o gravemente culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el

tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

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

como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

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

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

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

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

se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque en el dolo o la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

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

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

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

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

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

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

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

“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.

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, en el caso que nos ocupa, no se configura la culpa grave ni el dolo en cabeza de los presuntos responsables fiscales, Diego Fernando Cortes y Carlos Alberto Paz, ya que sus actuaciones se enmarcan en los parámetros legales y contractuales establecidos, evidenciando la ausencia de intención de causar daño o de una negligencia manifiesta en el manejo de los recursos públicos.

En ese tenor, los actos realizados por Diego Fernando Cortes y Carlos Alberto Paz Jiménez no pueden calificarse como dolosos ni como actos marcados por una culpa grave. En efecto, los informes de interventoría Nos. 01, 02 y 04, así como las actas parciales Nos. 1 y 3, certifican la ejecución de los mantenimientos preventivos conforme a lo pactado en el Contrato No. 4182.010.26.1.505-2023, lo que indica que los pagos efectuados correspondieron a actividades realmente ejecutadas y que corresponden a la realidad. Por lo tanto, la simple existencia de una diferencia en la cantidad de hitos ornamentales intervenidos no puede ser atribuida a una falta de diligencia grave o a una intención dolosa por parte de los supervisores y del Director Técnico de la UAESP.

En este sentido, la jurisprudencia del **Consejo de Estado** ha sostenido que la culpa grave se configura cuando hay una desviación evidente de los estándares mínimos de diligencia, lo cual

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

no se observa en el presente caso, dado que las decisiones adoptadas por los responsables se sustentaron en informes técnicos que validaron la correcta ejecución contractual.

Adicionalmente, el manual de funciones de los vinculados establece que su labor de supervisión y control se limita a la verificación de aspectos administrativos y técnicos, sin que de ello se derive una responsabilidad directa sobre decisiones operativas que corresponden al contratista. Por tanto, no existe nexo causal entre la conducta de los presuntos responsables y el supuesto daño patrimonial alegado. En consecuencia, al no acreditarse una actuación dolosa ni una omisión injustificada con entidad suficiente para configurar culpa grave, se impone concluir que no se cumplen los presupuestos para declarar la responsabilidad fiscal de los aquí vinculados

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los señores **DIEGO FERNANDO CORTÉS** y **CARLOS ALBERTO PAZ JIMENEZ**. Sin embargo, si por alguna razón el órgano de control 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 responsables, 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 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 ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado**: Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto*

contratado, no hay lugar a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.

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

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

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de las pólizas invocadas para efectuar su vinculación, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal, sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi representada, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de estas. Es por lo anterior que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo los contratos de seguro documentados en las pólizas antes referidas.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A**, así:

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

Es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir

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

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

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

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)⁶

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

⁶ 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

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 del 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, ni la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores **DIEGO FERNANDO CORTÉS** y **CARLOS ALBERTO PAZ JIMENEZ**, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, 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 **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el expediente No. 1900.27.06.24.1721.

B. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL No. 1000074 DE SBS SEGUROS (PÓLIZA LIDER)

La póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, expedida por SBS Seguros bajo la modalidad de descubrimiento, no otorga cobertura al hecho investigado en el presente proceso de responsabilidad fiscal, en tanto su vigencia expiró el 15 de noviembre de 2024, mientras que la notificación del auto de apertura del proceso se realizó el 9 de diciembre de 2024, esto es, por fuera del período amparado por la póliza.

El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, ha sostenido que en los seguros de responsabilidad contratados bajo la modalidad de descubrimiento, la aseguradora solo está obligada a cubrir los hechos cuya reclamación ocurra dentro de la vigencia de la póliza. En ese sentido el órgano de cierre del contencioso administrativo ha manifestado que:

“Cuando se trate de pólizas de seguros globales de manejo, la cobertura comprende las pérdidas descubiertas durante su vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. No obstante, cuando el conocimiento del hecho que genera la reclamación ocurre fuera de la vigencia de la póliza, esta queda excluida de la cobertura”⁷

En el presente caso, la póliza de seguro No. 1000074 de SBS Seguros estuvo vigente entre el 29 de febrero de 2024 y el 15 de noviembre de 2024. Sin embargo, la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal ocurrió el 9 de diciembre de 2024, es decir, 24 días después del vencimiento de la póliza. En consecuencia, se toma la fecha en la que se notificó el auto de apertura como el descubrimiento del siniestro, pues el H. Consejo de Estado ha dicho que:

⁷ Sentencia del 20 de junio de 2024 – Radicación: 250002341000 2018 00434 01 – CP: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

“De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte que el siniestro fue conocido por la parte demandada el 11 de octubre de 2012, fecha en la que se dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal al que se vinculó como tercero civilmente responsable a la parte demandante.

*En ese sentido, el descubrimiento se da cuando el asegurado se haya enterado de hechos o circunstancias que llevarían a que una persona razonable considerara que ha ocurrido o va a ocurrir una pérdida de las que se encuentran amparadas por el seguro, **lo que se da en el momento en que se da la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**”⁸(Subrayado y negrilla por fuera del texto original)*

Así, en el presente proceso, la aseguradora no puede ser vinculada como tercero civilmente responsable, dado que la notificación del auto de apertura del proceso constituye el hecho determinante del descubrimiento, el cual ocurrió cuando la póliza ya había expirado.

Dado que la modalidad de la póliza exige que el descubrimiento ocurra dentro de su vigencia y que, en este caso, la notificación del auto de apertura del proceso se produjo después de la expiración del amparo temporal, se configura una falta de cobertura que impide la exigibilidad de cualquier obligación indemnizatoria en virtud de la póliza de seguro No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi representada. En consecuencia, la aseguradora no puede ser considerada civilmente responsable dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal.

C. INEXISTENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL No. 1000074 DE SBS SEGUROS (PÓLIZA LIDER) RESPECTO DEL CONSORCIO HITOS GL.

La póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, expedida por SBS Seguros, no otorga cobertura material respecto del Consorcio Hitos GL, en tanto dicha póliza fue contratada exclusivamente para amparar los riesgos patrimoniales del Municipio de Cali y sus servidores públicos, sin que ello incluya a contratistas o terceros ajenos a la estructura administrativa del ente territorial.

Sobre esta materia, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de junio de 2024, estableció que:

“El contrato de seguro debe interpretarse de manera restrictiva, limitando su cobertura exclusivamente a los sujetos y eventos expresamente señalados en el clausulado. En el caso de pólizas contratadas por entidades territoriales, su alcance está dirigido a

⁸ Ibidem

cubrir la gestión fiscal de los servidores públicos, sin que ello implique la protección de contratistas particulares".⁹ (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

En el presente caso, la Póliza No. 1000074 de SBS Seguros fue adquirida por el Municipio de Cali para proteger el patrimonio público frente a eventuales actos de sus servidores públicos en ejercicio de funciones oficiales. Sin embargo, el Consorcio Hitos GL, en su calidad de contratista, es una persona jurídica independiente y no hace parte de la administración municipal, por lo que no se encuentra cubierto por la póliza.

Además, el clausulado de la póliza delimita expresamente su cobertura a los actos de funcionarios y empleados del Municipio de Cali, sin hacer mención alguna a contratistas o terceros. Esta interpretación es congruente con el principio de especificidad del contrato de seguro, según el cual la cobertura no puede extenderse más allá de los sujetos y riesgos expresamente pactados.

En consecuencia, cualquier reclamación relacionada con la actuación del Consorcio Hitos GL queda fuera del ámbito material de cobertura de la póliza, pues su calidad de contratista le impide ser considerado como beneficiario del seguro contratado por el Municipio de Cali.

Dado que la Póliza No. 1000074 de SBS Seguros únicamente protege los actos de gestión fiscal del Municipio de Cali y sus servidores públicos, y que el Consorcio Hitos GL es un contratista sin vínculo funcional con la administración municipal, resulta evidente la inexistencia de cobertura material respecto de cualquier reclamación derivada de su actuación. En consecuencia, la aseguradora no puede ser vinculada como tercero civilmente responsable en relación con los hechos materia del presente proceso de responsabilidad fiscal.

D. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL No. 1000074 DE SBS SEGUROS, LA CUAL ES LA PÓLIZA LIDER DE LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES No. 3335224026165.

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el Honorable Despacho encuentre que el actuar de los presuntos responsables fue doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que el hecho investigado no se encuentra amparado en la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165 emitida por

⁹ Sentencia del 20 de junio de 2024 – Radicación: 250002341000 2018 00434 01 – CP: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Mapfre Seguros, ya que puede enmarcarse dentro de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, las cuales cito a continuación:

Imagen 3

CONDICIÓN SEGUNDA.- EXCLUSIONES	
ESTA PÓLIZA NO CUBRE PÉRDIDAS:	
2.1. NO DESCUBIERTAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA Y AQUELLAS OCURRIDAS ANTES DE LA FECHA DE INICIACIÓN DEL AMPARO RETROACTIVO.	2.4. CAUSADAS POR CUALQUIER ACTO INTENCIONAL O DOLOSO DEL ASEGURADO, TRATÁNDOSE DE PERSONAS JURÍDICAS LAS PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR LOS SOCIOS, LA JUNTA DIRECTIVA O LOS REPRESENTANTES LEGALES.
SEÑALADA EN EL "CUADRO DE DECLARACIONES" DE LA MISMA.	2.5. POR LUCRO CESANTE O INGRESOS ESPERADOS QUE DEJE DE OBTENER EL ASEGURADO COMO CONSECUENCIA DE UNA PÉRDIDA AMPARADA POR ESTA PÓLIZA INCLUYENDO, ENTRE OTROS, INTERESES Y DIVIDENDOS.
2.2. PROVENIENTES DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA U OCURRENCIA NOTIFICADA A LOS ASEGURADORES DE CUALQUIER OTRA PÓLIZA CON ANTERIORIDAD A LA FECHA Y HORA DE INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA.	2.6. POR FALTANTES DE INVENTARIO, NO OBSTANTE LA ESTIPULADO EN LA CONDICIÓN 1.2. LOS FALTANTES DE INVENTARIO ESTARÁN AMPARADOS BAJO LA PRESENTE PÓLIZA ÚNICAMENTE CUANDO EL ASEGURADO PRESENTE PRUEBAS CONCLUYENTES DE QUE TALES FALTANTES SE DEBIERON A UN ACTO FRAUDULENTO DE UNO O VARIOS EMPLEADOS PLENAMENTE IDENTIFICADOS.
2.3. PROVENIENTES DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA U OCURRENCIA CONOCIDA POR EL ASEGURADO ANTES DEL COMIENZO DE LA PÓLIZA Y NO INFORMADA POR ÉL A SBS SEGUROS ANTES DE LA FECHA Y HORA DE INICIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA MISMA.	NO SE CONSIDERARÁN COMO PRUEBAS LOS COMPUTOS O CONTABILIZACIONES DE PÉRDIDAS DE INVENTARIO LLEVADAS A CUALQUIER COMPUTADORA, SISTEMA DE COMPUTO O DE CODIFICACIÓN ELECTRÓNICA (INCLUYE PERO NO SE LIMITA A FIRMAS DE SISTEMAS ELECTRONICOS, HARDWARE, MICROPROCESADORES, SOFTWARE, SISTEMAS OPERACIONALES, REDES, SISTEMAS PERIFERICOS ENLAZADOS A O USADOS CONJUNTAMENTE CON ALGUNO DE LOS ANTERIORES, O CUALQUIER OTRO EQUIPO O COMPONENTE ELECTRONICO, QUE FORMEN PARTE DE UN SISTEMA COMPUTACIONAL), DE CUALQUIER ORGANIZACIÓN (SEA DEL ASEGURADO O DE CUALQUIER OTRA ENTIDAD, TALES COMO PROVEEDORES O CLIENTES) COMO CONSECUENCIA DE:
	A) FALLA Y/O IMPRECISIÓN EN LA LECTURA, PROCESO, DESARROLLO DE CÁLCULOS MATEMÁTICOS, ALMACENAMIENTO, CLASIFICACIÓN, DIFERENCIACIÓN, RECONOCIMIENTO, CON ANTERIORIDAD, DURANTE Y DESPUÉS, DEL AÑO 2.000, DE CUALQUIER DATO O INFORMACIÓN QUE CONTENGA FECHAS:
	"PÉRDIDAS Y GANANCIAS" O DE COMPARACIÓN DE REGISTROS DE INVENTARIOS CON EL INVENTARIO FÍSICO;
	2.7. OCASIONADAS POR CRÉDITOS QUE EL ASEGURADO OTORQUE A SUS EMPLEADOS O TRABAJADORES.
	2.8. PÉRDIDA DE O DAÑO DE DINERO, VALORES U OTROS BIENES QUE SEA OCASIONADA POR DESGASTE, USO, DETERIORO GRADUAL, POLILLA, Y SIMILARES.
	2.9. PÉRDIDAS O RECLAMACIONES QUE SE HAGAN EN CONTRA DEL ASEGURADO O DE SBS SEGUROS QUE TENGAN RELACION CON CUALQUIER PROBLEMA CON EL RIESGO ELECTRONICO DEL AÑO 2.000.
	2.9.1 CUALQUIER PROBLEMA CON EL RIESGO ELECTRONICO DEL AÑO 2.000 SIGNIFICA CUALQUIER RECLAMACIÓN O DEMANDA (INCLUIDOS LOS RECLAMOS DE TÍTULOS VALORES) ALEGADA POR, PROVENIENTE DE, BASADA EN, ATRIBUIBLE A O INVOLUCRANDO, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, TOTAL O PARCIALMENTE, A:
	B) FALLA Y/O IMPRECISIÓN EN LA LECTURA O PROCESO POR EL HECHO DE QUE EL AÑO 2.000 ES BISIESTO.
	C) FALLA Y/O IMPRECISIÓN EN LA LECTURA O PROCESO DE LAS LLAMADAS "FECHAS MÁGICAS", TAL COMO "9999" O CUALQUIER OTRO CAMPO DE DATOS QUE CONTENGA FECHAS USADAS POR ALGUNA ORGANIZACIÓN PARA SUMINISTRAR U OBTENER INFORMACIÓN CON CLASIFICACIÓN DIFERENTE A LA FECHA;
	D) FALLAS EN LA COMPATIBILIDAD CON CUALQUIER SISTEMA COMPUTACIONAL DE OTRAS ENTIDADES DEBIDO A LOS CASOS MENCIONADOS EN LOS PUNTOS A, B Y C;
	2.9.2 CUALQUIER CÁLCULO, AUDITORIA, CORRECCIÓN, RENOVACIÓN, REESCRITURACIÓN, EVALUACIÓN, INSPECCIÓN, INSTALACIÓN, MANTENIMIENTO, REPARACIÓN, O SUSTITUCIÓN DE CUALQUIER SISTEMA COMPUTACIONAL CON RESPECTO AL ACTUAL O POTENCIAL PROBLEMA CON EL RIESGO ELECTRONICO DEL AÑO 2.000, O CUALQUIER FALLA POR EFECTUAR ALGUNA DE LAS ACTIVIDADES ANTES MENCIONADAS, O POR CUALQUIER DESCURRIMIENTO, AVISO CONSULTA O SUPERVISIÓN DE CUALQUIERA DE DICHAS ACTIVIDADES O POR CUALQUIER FALLA RELACIONADA CON ELLAS.

Por lo anterior, y de configurarse alguna de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro, solicito respetuosamente la desvinculación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. del proceso de responsabilidad fiscal No. 1900.27.06.24.1721, que actualmente cursa en la Contraloría General del Santiago de Calí.

E. 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 órgano de control fiscal que, aun en el improbable evento en el que se encuentre

acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de **DIEGO FERNANDO CORTÉS** y **CARLOS ALBERTO PAZ JIMENEZ**, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca en el dolo o la culpa grave, es claro que no se podrán ordenar hacer efectivas la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi prohijada, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. 1900.27.06.24.1721, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

F. EXISTENCIA DE COASEGURO ENTRE SBS SEGUROS COLOMBIA S.A, CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA.

Es importante mencionar, sin que tal manifestación pueda llegar a ser tenida en cuenta como aceptación alguna de responsabilidad por parte de mí representada o que pueda ser valorada en detrimento de los argumentos expuestos anteriormente, que conforme a las estipulaciones concertadas en la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por Mapfre seguros, los riesgos trasladados fueron distribuidos entre las compañías aseguradoras, de la siguiente manera:

Imagen 2

COMPañIA	%	VALOR ASEGURADO
SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.(LIDER)	17.00%	\$ 170,000,000.
ASEGURDORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA - EN TIDAD COOPERATIVA	32.00%	\$ 320,000,000.
CHUBB DE COLOMBIA COMPañIA DE SEGUROS S.A.	20.00%	\$ 200,000,000.
LA PREVISORA S.A. COMPañIA DE SEGUROS	12.00%	\$ 120,000,000.
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.	19.00%	\$ 190,000,000.

Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros

En ese sentido, existiendo coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre las compañías de seguros mencionadas, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar en virtud del contrato de seguro mencionado, la responsabilidad de cada una de las aseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues no se puede predicar una solidaridad entre ellas.

Lo anterior, conforme a lo preceptuado en el artículo 1092 del Código de Comercio, el cual sostiene:

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

Lo estipulado en la norma en cita, se aplica al coaseguro por estipulación expresa del Art. 1095 *Ibídem*, que establece lo siguiente:

“(…) Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. (…)”

Por consiguiente, al momento de resolver lo concerniente a mi procurada, en el hipotético caso en que se demuestre una obligación de indemnizar a su cargo, deberá tenerse en cuenta que la póliza de seguro antes referida fue tomada en coaseguro. En virtud de lo anterior, es claro que mí procurada y las aseguradoras citadas, acordaron distribuirse el riesgo según los porcentajes señalados, sin que pueda predicarse una solidaridad entre ellas, y limitándose la responsabilidad de estas en proporción con el porcentaje del riesgo asumido, que para el caso de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A**, corresponde al 19%.

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

En el remoto e improbable evento en el que el órgano de control considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**, 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 en su proporción del 19 %, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

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

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

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

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

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

- Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, 19% del riesgo asumido (Suma de \$ 190.000.000).

Imagen 4

COBERTURAS		VALOR ASEGURADO		DEDUCIBLE
Infidelidad de Empleados	\$ 0,00	\$	190.000.000,00	NO APLICA
Delitos Contra la Administración Pública	\$ 0,00	\$	190.000.000,00	NO APLICA
Pérdida empleados no identificados	\$ 0,00	\$	190.000.000,00	20 % PERD Min 2 (SMMLV)
Empleados Temporales y/o Firma Especializada	\$ 0,00	\$	190.000.000,00	NO APLICA
Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales	\$ 0,00	\$	190.000.000,00	20 % PERD Min 2 (SMMLV)

Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165

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

H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.

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

I. SUBROGRACIÓN.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento en que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza con la cual fue vinculada a este proceso de responsabilidad fiscal, la compañía tiene derecho a 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, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del Código de Comercio.

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se DESESTIME la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los señores **DIEGO FERNANDO CORTÉS** y **CARLOS ALBERTO PAZ JIMENEZ**, y consecuentemente se ORDENE EL ARCHIVO del proceso identificado con el expediente 1900.27.06.24.1721, que cursa actualmente en la Contraloría General de Santiago de Cali-Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se ORDENE LA DESVINCULACIÓN de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, la cual es la póliza líder de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165, emitida por mi representada, no prestan cobertura para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el expediente 1900.27.06.24.1721, que cursa actualmente en Contraloría General de Santiago de Cali-Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal.

Subsidiariamente:

- C. En el improbable y remoto caso de que mi representada sea declarada tercero civilmente responsable, pese a la evidente ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos para ello, solicito respetuosamente que se considere el límite del valor asegurado establecido en la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165. Este límite asciende a \$190.000.000 (ciento noventa millones de pesos), equivalente al 19% del coaseguro asumido por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., dentro del marco de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, liderada por SBS Seguros.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES

- 1.1. Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165.

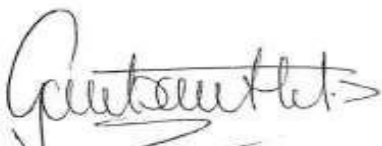
- 1.2. Caratula de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 junto con sus endosos.
- 1.3. Condiciones generales de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074.
- 1.4. Condiciones generales de la Póliza de Manejo Global Entidades Estatales No. 3335224026165.
- 1.5. Certificado de Existencia y Representación Legal de **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.**
- 1.6. Escritura Pública No. 1804 del 20 de junio de 2003 junto con certificado de vigencia.

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

VI. NOTIFICACIONES

- El suscrito, en la Av 6A Bis #35N-100, Of. 212, Cali, Valle del Cauca y en el correo electrónico notificaciones@gha.com.co.
- Mi procurada, **Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A**, recibirá notificaciones en el correo electrónico njudiciales@mapfre.com.

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.