

Señores

CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI

Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal

Ant. Luz Arianne Zúñiga Nazareno

secretariacomun@contraloriacali.gov.co

notificacionesjudiciales@contraloriacali.gov.co

doresponsafiscal@contraloriacali.gov.co

respo_fiscal@contraloriacali.gov.co

REFERENCIA: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE APERTURA No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024

PROCESO: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: 1900.27.06.24.1683
ENTIDAD AFECTADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI
VINCULADOS: LILIANA MARIA SIERRA CHÁVEZ y JULIO MIGUEL OLAYA CEBALLOS
TERCEROS VINCULADOS: **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTROS.**

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, conforme se acredita con el poder otorgado mediante Escritura Pública No. 1802 del 20 de junio de 2003, en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá D.C y certificado de existencia y representación legal adjunto; encontrándome dentro del término legal oportuno comedidamente procedo a presentar **PRONUNCIAMIENTO** frente al **AUTO DE APERTURA No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024** por medio del cual se vinculó a mi representada en virtud de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, en el cual tiene una participación del 19% como coaseguradora, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación, toda vez que el contrato de seguros no presta cobertura. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

CAPÍTULO 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 presentadas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali. Lo anterior toda vez que, en visita fiscal, el ente de control evidenció que artículos como palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los elementos en mención.

En este sentido, por medio del auto de apertura No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024, se decidió abrir el proceso de responsabilidad fiscal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial

en cuantía de **QUINIENTOS TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$530.816.557)** vinculando como presuntos responsables a las siguientes personas:

LILIANA MARIA SIERRA CHÁVEZ - Directora Técnica de la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal - periodo de gestión entre 23 de marzo de 2023 y el 29 de diciembre de 2023

JULIO MIGUEL OLAYA CEBALLOS – Director Técnico de la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal – periodo de gestión desde el 1 de enero de 2024, el cual se encontraba vigente a la fecha del auto de apertura No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024.

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 indebida de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en el coaseguro con participación del 19% que existe en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 y tomada por parte de **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, resultando en que dicha vinculación se realizó de manera indebida, toda vez que el contrato de seguro no podrá afectarse por cuanto no se realizó el riesgo asegurado.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguradora son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. **La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente.** Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. Por último, se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera, de un lado, si el interesado presentó su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, si los hechos por los que se reclama ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado.

Por lo anterior, en las pólizas de manejo cuando no se encuentre pactado expresamente la modalidad bajo la cual opera, automáticamente se asume que es de ocurrencia. Sobre el particular la doctrina ha destacado:

"Por regla general, el asegurador es responsable de los siniestros que ocurren dentro de la vigencia del contrato de seguro. Así se establece de manera general para todos los seguros en el artículo 1073 del Código de Comercio. Esta modalidad de cobertura, que hasta 1997 era la única permitida en Colombia, es conocida como la modalidad tradicional de cobertura o modalidad ocurrencia"¹

Ahora bien, tal y 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, en primer lugar, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no prestan **cobertura material** en el caso concreto. En segundo lugar, no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que la vigencia de la **Póliza de Seguros de Modular**

¹ VÁSQUEZ VEGA, Daniel, "Los seguros de responsabilidad civil en el derecho colombiano", en GAVIRIA, A. (coord.), Estudios de responsabilidad civil (T. I), Medellín, Editorial EAFIT, 2020, p. 531.

Comercial No. 100074 corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, y por ende no ofrece **cobertura temporal** frente a hechos ocurridos antes del 29 de febrero de 2024, por cuanto el contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de ocurrencia y los hechos no ocurrieron dentro de la vigencia de la misma. Y, en tercer lugar, en el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende ente de control endilgar al presunto responsable.

Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al despacho, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la Compañía Aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho por los siguientes argumentos:

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

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

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

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. **1900.27.06.24.1683**

A. CADUCÓ EL TÉRMINO PARA PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN, POR LO QUE DEBERÁ ARCHIVARSE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

A lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado por presuntas irregularidades en la custodia, almacenamiento, control y distribución de elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali, situación por la cual

se dio **apertura al proceso de responsabilidad fiscal mediante auto No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024.**

Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Situación que no ocurrió en el caso en concreto, pues hasta la fecha el ente lleva más seis (6) meses sin proferir auto de imputación, por lo que claramente **caducó el término para proferir auto de imputación**, y su consecuencia jurídica es archivar la presente investigación fiscal.

A este respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos relacionados de caducidad deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*²

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

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

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

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

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el ente de control contaba con cinco (5) meses a partir del auto de apertura para proferir auto de archivo o auto de imputación, situación que no ocurrió en el caso en concreto, toda vez que hasta la fecha han pasado más de seis (6) meses sin que se proferiera auto de imputación, por lo tanto, es evidente que caducó la acción fiscal.

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

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

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

En conclusión, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto se ha configurado el fenómeno de caducidad para proferir auto de imputación y, en consecuencia, es procedente dar trámite al archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

B. NO EXISTE EL HECHO GENERADOR DEL DAÑO

De acuerdo con lo señalado en el auto de apertura por el ente de control como hecho de investigación, no se evidencia la existencia de un hecho generador del daño. Lo anterior, toda vez que, la Contraloría indicó en los hechos que fundamentaron el presente trámite lo siguiente: “(...) *En visita fiscal realizada, este ente de control evidenció que existe fallas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de los elementos donados por la DIAN como: palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales, por valor de \$530.816.557, los cuales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los elementos en mención*”

Sin embargo, el ente de control expuso la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali, por lo que, no podía de manera anticipada indicar que, porque estos se han encontrado almacenados, entonces ello constituye un detrimento patrimonial en una suma tan elevada, máxime cuando no ha acreditado si se presentan artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad.

El auto de apertura No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024 en sus hechos indicó:

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. A continuación, se transcriben los hechos tal como los relata el proceso auditor:

“(...)

1.1 Condición

En visita fiscal realizada, este ente de control evidenció que existe fallas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de los elementos donados por la DIAN como: palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales, por valor de \$530.816.557, los cuales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los

En el mismo documento, expone mediante dos fotografías, la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali:



Es decir que el ente de control expuso la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal, por lo que, no podía de manera anticipada indicar que, porque estos se han encontrado almacenados, entonces ello constituye un detrimento patrimonial en una suma tan elevada, máxime cuando no ha acreditado si se presentan artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad. Es decir, si el hecho generador del daño lo constituyen la

falta de custodia de los elementos donados por la DIAN, pues el mismo cae por su propio peso al evidenciarse por esta misma judicatura que los elementos si se encuentran en custodia del ente territorial. Es más, en este caso inclusive ha sido decretada una visita especial con el fin de determinar si existió uso o no de los elementos de donación, evidenciando que no se ha determinado mínimamente la existencia de un detrimento de los bienes del Estado, pues al respecto el ente de control señaló que:

A) VISITA ESPECIAL

Ordenar la realización de visita especial al las instalaciones de la Unidad ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI. El objeto de la visita a practicar es evidenciar y verificar lo determinado por el equipo auditor y lo contrastado en la respuesta dada por la entidad respecto a las cifras con diferencia así:

"(...)

- 59.646 determinados en el inventario del 17 de julio de 2024
- 90.430 proporcionada por la Secretaría de Gobierno, a través de oficio con radicado Orfeo No. 202341120200006844 del 21 de julio de 202316, dirigido a la directora técnica de la UAEPA de la vigencia 2023.
- "Estas jornadas dieron como resultado final veintidós mil ochocientos treinta y dos (28.832) ítems almacenados en cajas y cuatro mil ciento cincuenta y uno (4.151) ítems almacenados en costales de lona, para un total de veintiséis mil novecientos ochenta y tres (26.983) ítems". En este último se observa una diferencia de la sumatoria.

"(...)"

De este modo, con este recaudo probatorio se pretende probar el uso o no, de los elementos de dotación para determinar cada una de las condiciones que sirvieron de sustento para determinar el presunto detrimento con toda certeza.

De tal manera, no puede el ente de control determinar que existe hecho generador del daño en el presente asunto, cuando él mismo acreditó que los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se encuentran debidamente almacenados, ni ha determinado y probado si se presentaban artículos faltantes en el inventario, o que los elementos hayan perdido su funcionalidad, o que hayan sido tomados en provecho propio o de un tercero por parte de los funcionarios, pues no debe perderse de vista que se trata de palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales.

Por lo tanto, ante la falta de existencia de un hecho que represente la **materialización del daño**, el ente de control no tiene otra opción más que archivar el presente caso.

Sobre el particular, cabe resaltar que la Ley 610 de 2000 reguló lo atinente al daño, y en su artículo 6º indicó lo siguiente:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende **por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal.** Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”. **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

En virtud del precepto normativo transcrito se señala que el daño patrimonial al Estado es la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al

cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control del ente de control fiscal.

Sin embargo, dentro del presente **asunto no se observa ese presunto daño patrimonial**, pues el mero almacenamiento de los elementos referidos no puede bajo ningún escenario considerarse como detrimento patrimonial al Estado, máxime cuando los mismos existen en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal, y no se ha determinado si se presentaban artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad.

Así mismo, en Sentencia³ del Consejo de Estado se señaló que:

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

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que realice gestión fiscal y que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público; situación esta que no ha ocurrido en el caso en concreto, pues en este evento el daño no se ha causado ya que la misma entidad de control acreditó que los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se encuentran almacenados en las instalaciones de la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial del Distrito de Santiago de Cali, y hasta el momento no se ha determinado ninguna pérdida, menoscabo o afectación para el Distrito, desconociendo el fin de un proceso de responsabilidad fiscal, que no es más que obtener esa recuperación de los recursos mal gastados, lo que claramente no ha ocurrido en el proceso de la referencia.

En conclusión, se debe tener en cuenta que no existe un hecho generador del daño, toda vez que la Contraloría no cuenta con los elementos materiales probatorios para determinar un detrimento patrimonial del Estado, pues los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali se encuentran almacenados en la Entidad, sin que se haya acreditado que se presentan artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad.

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

Ante la ausencia de un hecho generador del daño, es claro que tampoco existe detrimento patrimonial, toda vez que, el ente de control de manera anticipada ha determinado que el mismo asciende a la suma exorbitante de **QUINIENTOS TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$530.816.557)**, sin tener en cuenta que los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN existen y se encuentran en custodia y administración de la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali, además que tampoco se acreditó pérdidas o afectaciones en la funcionalidad de los mismos, y en ese sentido, no puede el ente de control determinar a su propio criterio y sin soportes probatorios que se configuró un detrimento patrimonial de tan alta suma. Olvidando así que el fin del proceso de la responsabilidad fiscal **no es obtener indemnizaciones sino, de alguna u otra manera restaurar al**

³ Sentencia del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Mp. Edgar González López. Radicado: 11001-03-06-2020-00001-00 (2442). 28 de mayo de 2020.

patrimonio público y los recursos que han sido malgastados, disminuidos, deteriorados etc. Sin embargo, en este caso se evidencia que lo que se pretende es obtener un enriquecimiento sin justa causa, pues si los bienes se encuentran a disposición del ente, en buen estado y con funcionalidad, la suma aquí pretendida es totalmente improcedente e inexplicable y no puede predicarse que existe un daño patrimonial.

Así las cosas, no se ocasionó un detrimento patrimonial a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, máxime cuando para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al Estado. En este sentido, vale la pena analizar la sentencia C-340 de 2007, en la cual se explicó que, a diferencia del proceso de responsabilidad disciplinaria en donde el daño es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, en la responsabilidad fiscal el perjuicio debe ser cierto y de contenido eminentemente patrimonial. El tenor literal del mencionado fallo es el siguiente:

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que **“... el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos’, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”**. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).⁴

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**”.⁵ (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

⁴ Ibidem.

⁵ 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. **AFGM** Gustavo Aponte Santos.

expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado en este caso, pues, los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN existen, no se han acreditado diferencias en el inventario de los mismos y no se han allegado pruebas ciertas que acrediten que los mismos se encuentren deteriorados o afectados.

En ese sentido, la cuantía del detrimento no puede ser equivalente al valor de la donación de los artículos por QUINIENTOS TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$530.816.557) realizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, como el ente de control determinó anticipadamente en el auto de apertura del caso, pues en el mismo documento, mediante dos fotografías evidencia que los mencionados artículos existen y se encuentran almacenados en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali y no se evidencia deterioro, falta de funcionalidad ni mucho menos pérdida de los mismos, por lo que no es razonable equiparar el valor de la donación con monto del supuesto detrimento económico:



Es decir, el auto de apertura o esta investigación fiscal se inició pese a la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, por lo que 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.”

De esta forma, se concluye que no existe un detrimento patrimonial causado a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, máxime por cuanto como se explicó anteriormente, no existe una prueba cierta que determine diferencias en el inventario de los bienes señalados o que los mismos no funcionan, presentan deterioro o afectaciones y que el ente territorial no haya efectuado alguna acción para lograr su recuperación, por lo que no puede pretender la Contraloría solicitar la recuperación de unos recursos que no se han malgastado, ni perdido, ni usados indebidamente porque caería en un enriquecimiento sin justa causa. En tal virtud, la Contraloría deberá archivar el proceso de responsabilidad fiscal que nos ocupa ante la ausencia de elementos que acrediten un daño patrimonial.

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

De acuerdo con lo señalado en el auto de apertura, el aspecto central de la investigación radica en una simple afirmación carente de fundamento y de material probatorio, pues hasta este punto no se evidencia alguna mala gestión por parte de la administración que haya producido un detrimento patrimonial de los recursos del Estado por cuanto los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se encuentran almacenados, ni se ha determinado y probado si se presentaban artículos faltantes en el inventario, o que los elementos hayan perdido su funcionalidad, o que hayan sido tomados en provecho propio o de un tercero por parte de los funcionarios. Es decir, que no obra en el plenario ninguna prueba o fundamento que conduzca a tan siquiera pensar en una conducta reprochable o en una actuación que termine en una responsabilidad fiscal. Por lo tanto, el despacho deberá archivar la presente investigación.

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

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

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

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

(...)

6.10. En relación con esto último, valga destacar que la Corte, primero en la Sentencia C-046 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y luego en la Sentencia T-973 de 1999 (M.P. Alvaro Tafur Galvis), advirtiendo el vacío legislativo dejado por la Ley 42 de 1993 -relativa a la organización del

sistema de control fiscal financiero-, ya se había ocupado de reconocer el alto grado de afinidad temática existente entre la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad fiscal, al establecer que a esta última le era aplicable el mismo término de caducidad fijado por el Código Contencioso Administrativo para la acción de reparación directa (C.C.A. art. 136-78). En efecto, recogiendo el criterio sentado en la providencia inicialmente citada, dijo la Corporación en la Sentencia T-973 de 1999, lo siguiente:

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º parágrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁶ (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 las actuaciones de los aquí investigados pueden ser catalogadas 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,

⁶ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).⁷ (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)⁸

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

Ahora bien, 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. Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas pueden ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), por lo 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.

En conclusión, no se evidencia que el ente de control haya determinado con claridad cuál es la conducta desarrollada por los presuntos responsables que conllevó a la iniciación del proceso fiscal, pues es claro que no existe detrimento del patrimonio del Estado por cuanto los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se encuentran almacenados y no se ha especificado diferencias en el inventario o que se haya afectado su funcionalidad, por lo que anticipadamente no se puede determinar una mala gestión fiscal o un descuido por parte de los funcionarios aquí investigados que hayan causado daño patrimonial al Estado.

CAPÍTULO III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE 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, no tuvo en cuenta que la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No.**

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marino Díaz Rueda, Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp. Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP. 0500131031030005-904

1000074 no presta cobertura temporal y material a los hechos investigados, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 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 de 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en el fallo del 18 de marzo de 2010, la vinculación de las compañías de seguros no se efectúa a título de responsable fiscal,

sino de tercero civilmente responsable, precisamente en razón a que su participación en el proceso se deriva única y exclusivamente del contrato de seguro y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya que pudiera resultar lesiva para el erario público. Es por esto, que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo regirse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en el contrato de seguros materializado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 en el cual, mi procurada ostenta una participación del 19%, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de la misma. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo los contratos de seguro documentados en la póliza ante referida.

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

A. FALTA DE COBERTURA MATERIAL - LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074

De acuerdo con lo señalado en el auto de apertura por el ente de control, el proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades presentadas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali. Lo anterior toda vez que, en visita fiscal, el ente de control evidenció que artículos como palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los elementos en mención. No obstante, el ente de control expuso la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali y no ha acreditado si se presentan artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad, sin embargo, en este caso ha sido decretada una visita especial con el fin de determinar si existió uso o no de los elementos de donación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester señalar que la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 no presta cobertura material frente a faltantes de inventario, salvo que el asegurado presente pruebas concluyentes de que los mismos se debieron a un acto fraudulento de uno o varios empleados, ni frente a la pérdida o daño de bienes ocasionado por el desgaste, uso, deterioro gradual, y similares, por lo que en el eventual caso que se lleguen a acreditar estas circunstancias, no podrá bajo ningún argumento fáctico o jurídico afectar el contrato de seguro anteriormente comentado.

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

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

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a tener en cuenta las exclusiones contenidas en los contratos de seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 contiene las siguientes exclusiones, que de configurarse cualquiera exonerarán de responsabilidad a mi prohijada, las cuales se transcriben del referido contrato de seguro:

“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. (...)”

2.8. PÉRDIDA DE O DAÑO DE DINERO, VALORES U OTROS BIENES QUE SEA OCASIONADA POR DESGASTE, USO, DETERIORO GRADUAL, POLILLA, Y SIMILARES.”

Por lo anterior, la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 no ofrece **cobertura material frente a los hechos investigados**, relacionados con presuntas irregularidades presentadas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. A continuación, se transcriben los hechos tal como los relata el proceso auditor:

“(...)”

1.1 Condición

En visita fiscal realizada, este ente de control evidenció que existe fallas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de los elementos donados por la DIAN como: palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales, por valor de \$530.816.557, los cuales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los

Lo anterior pues el ente de control expuso la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali y no ha acreditado si se presentan artículos faltantes en el inventario o su cantidad, ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad, sin embargo, en este caso ha sido decretada una visita especial con el fin de determinar si existió uso o no de los elementos de donación. No obstante, en el evento que se llegare a determinar que sí existió responsabilidad fiscal y que el mismo obedece a lo señalado en las exclusiones consignadas en el condicionado general de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, el contrato de seguros no estará llamado a afectarse, por cuanto la póliza no ampara los riesgos que se encuentran expresamente excluidos.

En conclusión, es menester señalar que la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de

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

noviembre de 2024 no presta cobertura material frente a faltantes de inventario, salvo que el asegurado presente pruebas concluyentes de que los mismos se debieron a un acto fraudulento de uno o varios empleados, ni frente a la pérdida o daño de bienes ocasionado por el desgaste, uso, deterioro gradual, y similares, por lo que en el eventual caso que se lleguen a acreditar estas circunstancias, no podrá bajo ningún argumento fáctico o jurídico afectar el contrato de seguro anteriormente comentado.

B. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL EN LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL NO. 1000074

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 en el cual, mi procurada ostenta una participación del 19% no ofrece **cobertura temporal** frente a los hechos ocurridos fuera de dicha vigencia, por cuanto el contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de ocurrencia y en el presente asunto se establece de manera general que los hechos investigados tuvieron ocurrencia en el año 2023 - 2024, cuando el ente territorial a través de la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago de Cali recibió la donación de los elementos para animales de la DIAN y los almacenó sin realizar el respectivo inventario, sin embargo, esto fue antes de que el contrato entrara en vigencia, pues el mismo se suscribió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, es decir mucho después de que ocurrieran los hechos aquí investigados. Por lo que desde ya se advierte al despacho que no existe cobertura temporal, porque los hechos no ocurrieron dentro de la vigencia del contrato de seguro.

Es más, en el artículo NOVENO del auto de apertura No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024, al momento de ordenar comunicar la decisión a la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal del Distrito Especial de Santiago De Cali indica que la ocurrencia de los hechos data del año 2023:

ARTÍCULO NOVENO: Comunicar el contenido del presente auto al:

A la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, comunicándose el inicio de este proceso y para que informe el salario devengado, la última dirección física y correos electrónicos registrados en las hojas de vida de: **LILIANA MARIA SIERRA CHÁVEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 38.559.329, en su calidad de DIRECTORA TÉCNICA de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL Y **JULIO**

(57)(602) 644-2000    [contraloriacali](http://contraloriacali.gov.co)  www.contraloriacali.gov.co

Centro Administrativo Municipal (CAM) Av. 2 Norte # 10-70 Piso 7

Auto No. 1900.27.06.24.190 del 7 de noviembre de 2024, POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA UN PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO No. 1900.27.06.24.1683.

Página 20 de 20

MIGUEL OLAYA CEBALLOS, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.063.277.340, en su calidad de DIRECTOR TÉCNICO de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PROTECCIÓN ANIMAL, para la época de ocurrencia de los hechos, es decir, en la vigencia 2023.

En ese sentido, el amparo temporal de la Póliza en mención únicamente recae sobre hechos ocurridos entre el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, por lo tanto, se reitera que el mentado contrato de seguros no presta cobertura por su temporalidad, ya que el contrato de seguros se suscribió bajo la modalidad de ocurrencia, tal y como se observa en la imagen adjunta extraída del texto original:

VIENE DE LA POLIZA 1000067

DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI
CONDICIONES TÉCNICAS BÁSICAS OBLIGATORIAS
PÓLIZA MANEJO GLOBAL ENTIDADES ESTATALES
LICITACIÓN PÚBLICA No. 4181.010.26.1.725-2023

VIGENCIA PÓLIZA: 230 días a partir de las 00:00 horas del 29 de febrero de 2024 hasta las 00:00 horas del 16 de octubre de 2024.

1. Objeto del seguro

Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delitos contra la administración pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición o reconstrucción de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario.

2. Modalidad de cobertura

Se cubrirán los reclamos ocurridos durante la vigencia de la póliza.

3. Jurisdicción

Colombiana.

4. Límite territorial

Colombiana.

5. Tomador, Asegurado, Beneficiario

DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI.

6. Límite asegurado

C 1.000.000.000



Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguraticia son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. **La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente.** Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza. Por último, se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera, de un lado, si el interesado presentó su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, si los hechos por los que se reclama ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado.

En ese sentido, se concluye, que al no ocurrir los hechos dentro de la vigencia de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 en el cual, mi procurada ostenta una participación del 19%, suscrita bajo la modalidad de ocurrencia, el mencionado contrato de seguro no está llamado a afectarse, toda vez que no surgió una obligación indemnizatoria alguna a cargo de esta.

Solicito señor Contralor declarar probada esta excepción.

C. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024. Toda vez que, la Contraloría indicó en los hechos que fundamentaron el presente trámite lo siguiente: “(...) *En visita fiscal realizada, este ente de control evidenció que existe fallas en la custodia, almacenamiento, control y distribución de los elementos donados por la DIAN como: palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales, por valor de \$530.816.557, los cuales se encuentran arrumados, en cajas y lonas y sin uso; adicionalmente no se evidenció registro de entradas y salidas realizadas en las vigencias 2023 y 2024 en el aplicativo Sistema de Aplicaciones y Productos-SAP, asociados a los elementos en mención*”. No obstante, acto seguido expone mediante dos fotografías, la existencia de dichos artículos en la Unidad Administrativa Especial de Protección Animal, por lo que el ente de control no podía de manera anticipada indicar que, porque estos se han encontrado almacenados, entonces ello constituye un detrimento patrimonial en una suma tan elevada, máxime cuando no se ha señalado afectaciones en su funcionalidad que impliquen un menoscabo para la administración.

De tal manera, no puede el ente de control determinar que existe hecho generador del daño en el presente asunto, cuando él mismo acreditó que los elementos donados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN se encuentran almacenados, no estableció o especificó si habían faltantes en el inventario ni que los elementos hayan perdido su funcionalidad pues cabe descartar que se trata de palas para arena de gatos, lazos, bebederos portátiles, entre otros elementos para animales, por lo que es claro que no existe un hecho que se materialice en un daño a la administración ni mucho menos que éste tenga el impacto de causar un detrimento patrimonial.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales documentadas en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 el amparo que se pretende afectar con la presente acción se pactó así:

1. Objeto del seguro

Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delitos contra la administración pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición o reconstrucción de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento no es otro que el menoscabo de los fondos del Distrito Especial de Santiago de Cali causados por acciones y omisiones de sus servidores. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 entrará a responder, si y solo si se causa una imputación de responsabilidad fiscal en cabeza de los servidores públicos de los cargos amparados en el contrato de seguro y que los mismos causen un detrimento al **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI**, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el auto de apertura, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza del presunto responsable, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad fiscal que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074** cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024, la cual, sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a mi procurada. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los aquí vinculados como presuntos responsables y sobre el cual se abrió el proceso de responsabilidad fiscal, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado del contrato de seguro vinculado, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No **1900.27.06.24.1683**.

**D. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL COASEGURO
CONTENIDO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074.**

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero civilmente responsable, revela que la misma fue tomada por el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** bajo la figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo entre las compañías, así:

| COMPañIA | % |
|---|---------------|
| SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.(LIDER) | 17.00% |
| ASEGURDORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA - EN TIDAD COOPERATIVA | 32.00% |
| CHUBB DE COLOMBIA COMPAñIA DE SEGUROS S.A. | 20.00% |
| LA PREVISORA S.A. COMPAñIA DE SEGUROS | 12.00% |
| MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. | 19.00% |

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** únicamente podrá responder hasta el **19.00%**.

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

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

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

Las normas que anteceden se aplicarán igualmente **al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas, en concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022, que reza:

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

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fuera viable un fallo con responsabilidad fiscal en contra de los servidores públicos asegurados, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, como se desprende del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a

que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

E. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO CONCERTADO EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se estableció un límite de **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000/MCTE)** de los cuales **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** únicamente responderá por **CIENTO NOVENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$190.000.000)** correspondientes al **19.00%** del coaseguro aceptado y los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. La ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de declararse la responsabilidad fiscal y, consecuentemente, la del tercero civilmente responsable.

Toda vez que, sin ánimo de que implique el reconocimiento de responsabilidad en contra de mi representada, la **Póliza de Seguro de Modular Comercial No. 1000074**, ofrece las siguientes coberturas:

AMPAROS Y COBERTURAS

| DESCRIPCION | VALOR ASEGURABLE |
|---------------------------|---------------------|
| DINEROS Y TITULOS VALORES | |
| COBERTURAS | |
| (1119) MANEJO | \$ 1,000,000,000.00 |

Sin embargo, la suma anterior no ampara los hechos aquí investigados, debido a que están expresamente excluidos del contrato de seguros vinculado, pero en todo caso deberá tenerse en cuenta que en este caso particular, la suma asegurada equivale a **MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000/MCTE)** de los cuales **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** únicamente responderá por **CIENTO NOVENTA MILLONES (\$190.000.000)** correspondientes al **19.00%** del coaseguro aceptado. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

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

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al 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.

F. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos

realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un fallo con responsabilidad fiscal en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi poderdante, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

G. SUBROGACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del C.Co

CAPÍTULO IV. PETICIONES

PRIMERO: Comedidamente, solicito que se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número **1900.27.06.24.1683** que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI** por cuanto se ha demostrado que la acción no puede proseguirse por haber operado la caducidad para proferir auto de imputación.

SEGUNDO: Sin perjuicio de lo anterior, comedidamente solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal pretendida en contra de los señores **LILIANA MARIA SIERRA CHÁVEZ** y **JULIO MIGUEL OLAYA CEBALLO** y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número **1900.27.06.24.1683** que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI** 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.

TERCERO: 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 Seguros de Modular Comercial No. 1000074**, no presta cobertura para los hechos objeto de investigación y adicionalmente no presta cobertura temporal al ocurrir los hechos por fuera de la vigencia del contrato.

CUARTO: Deberá tenerse en cuenta que el límite máximo de la compañía es del **19.00%** del valor del detrimento patrimonial, es decir, que única y exclusivamente, ante una remota condena como tercero civilmente responsable, podrá responder por la suma de **CIENTO NOVENTA MILLONES (\$190.000.000 MCTE)** de acuerdo con la cuantía del límite del valor asegurado pues el valor determinado por la propia Contraloría como daño patrimonial estimada es superior al valor asegurado. Sin perder de vista la disponibilidad de la suma asegurada, pues la misma se va reduciendo por la configuración de otros siniestros.

CAPÍTULO V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

- **DOCUMENTALES**

Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 15 de noviembre de 2024 en el cual tiene una participación del 19%.

- **OFICIO**

Respetuosamente solicito se oficie a la aseguradora líder, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** con el fin de que con destino a este proceso remita la **certificación de la disponibilidad del valor asegurado de la Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074.**

CAPÍTULO VI. NOTIFICACIONES

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

Del Señor Contralor,

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.