

Señores

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

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO: 1900.27.06.24.1716
ENTIDAD AFECTADA: SECRETARÍA DE GESTIÓN DEL RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES
VINCULADOS: RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE – OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO.
TERCEROS VINCULADOS: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y OTRO.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, identificada con NIT No. 891.700.037-9, como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y en el memorial poder que me permito aportar, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal, manifiesto comedidamente que procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA Y VINCULACIÓN DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE** No. 1900.27.06.24.229 del 3 de diciembre de 2024, a través del cual se vinculó a mi representada, solicitando desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme con los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con el hallazgo fiscal remitido por el Dr. PEDRO ANTONIO ORDÓÑEZ, Contralor General de Santiago de Cali, producto del proceso de vigilancia de control fiscal realizado a la **SECRETARÍA DE GESTIÓN DEL RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRE – SGRED**. En el cual relata que se verificó que el día se refiere a presuntas irregularidades en la orden de compra No. 104278-2023 suscrita entre la Secretaría de Gestión del Riesgo de Emergencias y Desastres y GLOBOLLANAS S.A. cuyo objeto es el suministro de

combustible. De acuerdo a lo indicado por la Contraloría, en los informes de supervisión, se menciona en la columna nombrada como “placa”, las denominaciones GESTIONR1 y GESTION2, que no corresponden a la identificación de un vehículo, maquinaria y/o equipo en particular de propiedad de la entidad, generando un menoscabo al patrimonio público por una cuantía de **\$9.648.465,63**

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 1900.27.06.24.229 del 3 de diciembre de 2024, se dio apertura al Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1900.27.06.24.1716, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$9.648.465)**, vinculando como presuntos responsables a los siguientes sujetos:

- RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE, identificada con numero de cedula No. 19.249.691, en su calidad de Secretario de Gestión del Riesgo de Emergencias y Desastres, para la época de los hechos.
- ÓSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO, identificado con cedula de ciudadanía No. 16.598.081, en su calidad de Subsecretario de despacho, para la época de los hechos.

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

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

Seguidamente, en el desarrollo del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal, el auto de apertura No. 1900.27.06.24.229 del 3 de diciembre de 2024, procedió con la vinculación de mi representada, en calidad de tercero civilmente responsable, en virtud de las siguientes Pólizas:

- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000002 Anexo 0 y 4
- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000001 Anexos 1 y 3
- PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 Anexo: 0

Es necesario aclarar, que las dos primeras Pólizas citadas se mencionan a lo largo de la parte considerativa del auto de apertura, pero no se relacionan en la parte resolutive del mismo; así, en un sentido formal, la vinculación a la compañía aseguradora cuyos intereses represento se ordenó únicamente en virtud de la Póliza No. 1000074.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, el Grupo de Responsabilidad Fiscal de la Gerencia Departamental Colegiada de Caldas 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 la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al operador fiscal, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN** de **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.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente No. 2108483, C.P. Doctor Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado bajo el No. 1900.27.06.24.229

1. EN EL PRESENTE PROCESO NO SE REUNEN LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL – INEXISTENCIA DEL DAÑO PATRIMONIAL

La Contraloría General de la República - Gerencia Departamental Colegiada del Valle del Cauca imputó responsabilidad al encontrar, presuntamente, irregularidades en la orden de compra No. 104278-2023 suscrita entre la Secretaría de Gestión del Riesgo de Emergencias y Desastres y GLOBOLLANAS S.A. cuyo objeto es el suministro de combustible, que, como consecuencia, supuestamente ocasionaron un daño patrimonial por valor de **NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$9.648.465)**

De conformidad con el hallazgo que fundamenta la apertura de este proceso de responsabilidad fiscal, en la revisión realizada a la ejecución de la orden de compra ya referida, se verificó que en algunas de las erogaciones, aparecían relacionadas en la columna de “placa” las denominaciones *GESTIÓN R1* y *GESTIÓN R2*, que no corresponden a la identificación de un vehículo, maquinaria y/o equipo en particular de propiedad de la entidad; generando con esto, a juicio del ente de control, un daño patrimonial en contra de la SECRETARÍA DE GESTIÓN DEL RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRES – SGRED. Afirmación que no es cierta, tal y como se desprende del análisis que se realizará a continuación.

En primer lugar, es necesario identificar que, el objeto de a orden de compra No. 104278-2023, suscrita entre la Secretaría de Gestión del Riesgo de Emergencias y Desastres y “GLOBOLLANTAS S.A.”, tenía como objeto lo siguiente:

“Contratar el suministro de combustible para la realización de operativos de reasentamiento de hogares y visitas de riesgos, emergencias y desastres a los cuales se expone la comunidad en el Distrito de Santiago de Cali, en desarrollo de los proyectos denominados: “Identificación de los factores de riesgo por fenómenos de origen tecnológico, natural, socio natural y antrópico en Santiago de Cali”, según ficha EBI BP 26002817 y “Prevención de riesgos físicos y sociales para los habitantes de las zonas aledañas al Jarillón del río Cauca y lagunas Charco Azul y el Pondaje de Cali”

Ahora bien, la irregularidad que se relata en el hallazgo, tiene que ver únicamente, con la relación de las denominaciones *GESTION R1* y *GESTION R2* en la columna que correspondería a la placa del vehículo que adquirió el combustible. Ahora bien, al respecto, el propio hallazgo se encarga de aclarar a qué corresponden dichas denominaciones:

*“De conformidad con la información de la entidad, *GESTION R1* corresponde a un chip maestro que se utilizó para el suministro de gasolina a vehículos que no contaban con uno instalado, cuyas placas no se identificaron en el informe de supervisión y a tres plantas eléctricas, no referenciadas por sus números internos*

GESTION2, hace referencia a un chip maestro con el cual se surtió combustible en bidones de almacenamiento (pimpinas) que se transportaban en vehículos para abastecer motobombas, plantas y una torre eléctrica (...)"

Quiere decir lo anterior, que el servicio de abastecimiento de combustible, objeto de la orden de compra, nunca dejó de prestarse; tampoco nos encontramos ante una desviación de dicho recurso. Al contrario, las denominaciones GESTIONR1 y GESTION2, corresponden a chips maestros utilizados para dejar un registro de cada una de las erogaciones correspondientes a la orden de compra; aclarando cuáles se realizaron para vehículos que no contaban previamente con un chip, y cuáles para los bidones de almacenamiento que utilizados para abastecer maquinaria.

Incluso, es posible afirmar, que la implementación de los mencionados chips, era necesaria para la correcta ejecución del presupuesto; pues en caso no haberlos utilizado, no habría sido posible abastecer a aquellos vehículos que no contaban previamente con un chip que permitiera su identificación; ni tampoco habría sido posible abastecer la maquinaria de la entidad a través del transporte de combustible en bidones.

De hecho, el mecanismo utilizado por la entidad, fue sumamente apropiado y eficiente, pues es evidente, que la instalación de nuevos chips para cada uno de los vehículos, habría resultado mucho más costoso para la Secretaría, también, más desgastante, imposibilitando la ejecución de la orden de compra hasta tanto no se hubiese realizado dicho proceso. Mucho menos habría sido posible abastecer la maquinaria de la entidad que requiere combustible, debido a su lógica imposibilidad de transporte.

En virtud de lo anteriormente expuesto, los presuntos responsables no ocasionaron ningún daño patrimonial a la SECRETARÍA DE GESTIÓN DEL RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRE – SGRED, 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”.¹

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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:

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

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

¹ Sentencia C-340/07. (9 de mayo de 2007). Corte Constitucional, Sala Plena. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona".³

Por lo anterior, la Contraloría General Santiago de Cali no tiene certeza absoluta de la existencia del daño patrimonial, debido a que, en efecto, la SECRETARÍA DE GESTIÓN DEL RIESGO DE EMERGENCIAS Y DESASTRE tuvo la posibilidad de adquirir el combustible previsto para abastecerse, razón por la cual se cumplió totalmente con el objeto de la orden de compra No. 104278-2023, suscrita con GLOBOLLANTAS S.A.

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

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

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

6.5. Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor,

³ Sentencia del 16 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. María Elizabeth García González. Radicación: 68001-23-31-000-2010-00706-01.

en aquella el legislador desborda ese ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levísima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato**

que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.⁴ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

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

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

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

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

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

*“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,*

⁴ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., *Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228*).⁵ (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)⁶

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

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al Despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, por cuanto se encuentran totalmente demostradas una serie de actuaciones en cabeza de los investigados, tendientes al cumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que, tanto la celebración como la ejecución de la orden de compra No. 104278-2023 se dio de manera regular.

⁵ 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

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público

*responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza. **Es decir, la vinculación del garante está determinada por el riesgo amparado**, en estos casos la afectación de patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, la conducta de los servidores públicos y los bienes amparados, pues de lo contrario **la norma acusada resultaría desproporcionada si comprendiera el deber para las compañías de seguros de garantizar riesgos no amparados por ellas.**"*
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

- *El operador fiscal debe identificar con absoluta claridad cuáles son las modalidades de cobertura (descubrimiento, ocurrencia, o reclamación claims made), **así como su vigencia, los periodos de cobertura temporal retroactiva o no de las respectivas pólizas,** y demás condiciones, para determinar cuál de ellas se afectará en curso del*

proceso de responsabilidad fiscal. En caso de tratarse de la modalidad de seguros de ocurrencia, la póliza a ser afectada debe ser aquella que se encontraba vigente para el momento de acaecimiento del hecho que genere la pérdida del recurso público. Si la modalidad es por descubrimiento, la póliza afectada será la que se encontraba vigente a la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que origine la pérdida o solicitud de indemnización. Y si la modalidad del seguro es por reclamación o "claims made", deberá afectarse la póliza vigente al momento de proferir el auto de apertura o de vinculación de la aseguradora.

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

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

(...)

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

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en las Pólizas en las que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** figura como coaseguradora, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de éstas. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

1. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS QUE FUNDAMENTAN LA VINCULACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

La vinculación de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** se fundamenta en las siguientes Pólizas, mencionadas en el auto de apertura de este proceso de responsabilidad fiscal.

- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000002 Anexo 0 y 4
- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000001 Anexos 1 y 3
- PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 Anexo: 0

Sin embargo, es evidente que la Contraloría General de Santiago de Cali no realizó un estudio juicioso de las condiciones de cada una de las mencionadas Pólizas, pues, tal y como se desarrollará a continuación, éstas no ofrecen cobertura temporal para los hechos materia de investigación de conformidad con las delimitaciones temporales de cobertura pactadas en las condiciones de cada una de ellas.

A. IRREGULARIDAD EN EL AUTO DE APERTURA – MI PROCURADA NO SE VINCULÓ AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN VIRTUD DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 – 87 – 994000000001 y No. 965 – 87 – 994000000002.

Antes de iniciar a exponer cada uno de los reparos frente a la vinculación de mi procurada en este proceso de responsabilidad fiscal, es necesario poner de presente que el acto administrativo mediante el cual se apertura el proceso incurre en una irregularidad al momento de vincular a los terceros civilmente responsables.

Lo anterior, debido a que a lo largo de la parte considerativa del acto administrativo se hace mención a las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965 – 87 – 994000000001 y No. 965 – 87 – 994000000002; no ocurre lo mismo en la parte resolutive del acto administrativo, en donde únicamente se relaciona la Póliza De Seguros Modular Comercial

No. 1000074; razón por la cual, se debe indicar que formalmente, la compañía aseguradora no ha sido vinculada en virtud de las Pólizas a las que se está haciendo referencia.

Esta irregularidad, configura una vulneración al derecho de defensa y contradicción de mi representada, y de todas las coaseguradoras de las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965 – 87 – 994000000001 y No. 965 – 87 – 994000000002; pues no existe congruencia entre las consideraciones del ente de control fiscal y la decisión que se termina plasmando en el auto de apertura. Es importante traer a colación, la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sido pacífica al determinar la que los actos administrativos deben ser consistentes en cuanto a la relación de su parte considerativa y resolutive:

“En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.”⁷

De esta manera, es evidente que la Contraloría General de Santiago de Cali no cumplió con las exigencias mínimas de motivación de los actos administrativos establecidas por el Consejo de Estado, vulnerando los derechos a la defensa y contradicción de las compañías aseguradoras vinculadas como terceros civilmente responsables en este proceso de responsabilidad fiscal.

A. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 – 87 – 994000000001.

La vigencia inicial de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965–87–994000000001 fue del 29 de abril de 2022 hasta el 29 de noviembre de 2022. Posteriormente, dicho término inicial fue prorrogado en dos ocasiones; del 30 de noviembre de 2022 hasta el 11 de enero de 2023; y del 11 de enero de 2023 hasta el 28 de febrero de 2023. Se define entonces que la vigencia de la póliza se encuentra en el período comprendido entre el 29 de abril de 2022 hasta el 28 de febrero de 2023; y contaba con un periodo de retroactividad hasta el 1 de enero de 2015.

Dicho contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de cobertura denominada *claims made*; lo cual implica que se cubren las indemnizaciones que debe pagar el asegurado por aquellos hechos que hayan ocurrido durante la vigencia del seguro o su periodo de retroactividad; siempre y cuando, se reclamen por primera vez al asegurado o al asegurador dentro de ese mismo periodo de tiempo.

Vale decir, que para que opere la cobertura de la póliza se deben cumplir con dos presupuestos: *i)* que el hecho motivo de la reclamación ocurra durante el período de vigencia del seguro; y *ii)* que la primera reclamación del tercero presuntamente afectado, se dé dentro de la vigencia del

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá, D. C., cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018) Rad. No.: 110010325000201000064 00 (0685-2010)

seguro. Requisitos imprescindibles por sí mismos, entendiéndose que, en caso de que alguno de los dos no se cumpla, no se podrá configurar la cobertura temporal de la póliza. Ahora bien, respecto al momento en el que se constituye la existencia de una reclamación, el condicionado particular de la Póliza fue claro al indicar lo siguiente:

3. Modalidad de Cobertura

Claims made

Fecha de Retroactividad: Enero 01 de 2015.

Para todos los efectos se entenderá que hay reclamación con la notificación del auto de imputación, de cargo (disciplinario), apertura de proceso (fiscal) o de la acción (repetición o llamamiento, civil o administrativa), citación a rendir indagatoria, entrevista, o a primera audiencia (penal), o tenga conocimiento de una noticia criminal.

Aterrizando estos presupuestos a este proceso de responsabilidad fiscal; si bien es cierto, los hechos sobre los cuales versa la reclamación de la parte actora ocurrieron dentro del período de vigencia de la póliza, esto es, el comprendido entre el 29 de abril de 2022 hasta el 1 de marzo de 2023; no ocurre lo mismo con la primera reclamación, pues de conformidad con las condiciones particulares de la Póliza, ésta se considera realizada únicamente a partir de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, que no ocurrió sino hasta el 3 de diciembre de 2024, fecha para la cual, había fenecido el periodo de vigencia de la Póliza.

Así, no cumpliéndose uno de los requisitos exigidos por la modalidad *claims made* del contrato de seguro, la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965–87–994000000001 no ofrece cobertura temporal a los hechos objeto de controversia; y consecuentemente la obligación condicional derivada del contrato de seguro resulta inexigible a mi representada.

Respecto a la modalidad *Claims made*, ha sido objeto de desarrollo conceptual por parte de la Corte Suprema de Justicia desde que, a través del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, se incluyó esta modalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

*“Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), **también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.**”⁸*

De esta manera, la modalidad *claims made* del contrato de seguro tiene un fundamento legal sólido, y ha sido reconocida por la jurisprudencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, en el caso objeto de estudio, habiéndose expedido el auto de apertura en una fecha posterior a la vigencia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965–87–994000000001; la misma termina por no ofrecer cobertura temporal a los hechos objeto de controversia; por lo que incluso en el remoto e improbable caso, en el que el despacho encuentre que existe responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables, seguirá

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 18 de julio de 2017. Radicación No. 76001-31-03-001-2001-00192-01. MP. Dr.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

siendo inexigible a mi representada el cumplimiento de las obligaciones condicionales pactadas en el contrato de seguro.

B. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 – 87 – 994000000002.

La vigencia inicial de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965–87–994000000002 fue del 28 de febrero de 2023 hasta el 16 de noviembre de 2023. Posteriormente, dicho término inicial fue prorrogado en dos ocasiones; del 16 de noviembre de 2023 hasta el 16 de enero de 2024; y del 16 de enero de 2024 hasta el 28 de febrero de 2024. Se define entonces que la vigencia de la póliza se encuentra en el período comprendido entre el 28 de febrero de 2023 hasta el 28 de febrero de 2024; y contaba con un periodo de retroactividad hasta el 1 de enero de 2015.

Dicho contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de cobertura denominada *claims made*; lo cual implica que se cubren las indemnizaciones que debe pagar el asegurado por aquellos hechos que hayan ocurrido durante la vigencia del seguro o su periodo de retroactividad; siempre y cuando, se reclamen por primera vez al asegurado o al asegurador dentro de ese mismo periodo de tiempo.

Vale decir, que para que opere la cobertura de la póliza se deben cumplir con dos presupuestos: *i)* que el hecho motivo de la reclamación ocurra durante el período de vigencia del seguro; y *ii)* que la primera reclamación del tercero presuntamente afectado, se dé dentro de la vigencia del seguro. Requisitos imprescindibles por sí mismos, entendiéndose que, en caso de que alguno de los dos no se cumpla, no se podrá configurar la cobertura temporal de la póliza. Ahora bien, respecto al momento en el que se constituye la existencia de una reclamación, el condicionado particular de la Póliza fue claro al indicar lo siguiente:

3. Modalidad de Cobertura
Claims made

Fecha de Retroactividad: Enero 01 de 2015.

Para todos los efectos se entenderá que hay reclamación con la notificación del auto de imputación, de cargo (disciplinario), apertura de proceso (fiscal) o de la acción (repetición o llamamiento, civil o administrativa), citación a rendir indagatoria, entrevista, o a primera audiencia (penal), o tenga conocimiento de una noticia criminal.

Aterrizando estos presupuestos a este proceso de responsabilidad fiscal; si bien es cierto, los hechos sobre los cuales versa la reclamación de la parte actora ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado en la póliza; no ocurre lo mismo con la primera reclamación, pues de conformidad con las condiciones particulares de la Póliza, ésta se considera realizada únicamente a partir de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, que no ocurrió sino hasta el 3 de diciembre de 2024, fecha para la cual, había fenecido el periodo de vigencia de la Póliza.

Así, no cumpliéndose uno de los requisitos exigidos por la modalidad *claims made* del contrato de seguro, la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965–87–994000000002 no ofrece cobertura temporal a los hechos objeto de controversia; y consecuentemente la obligación condicional derivada del contrato de seguro resulta inexigible a mi representada.

Respecto a la modalidad *Claims made*, ha sido objeto de desarrollo conceptual por parte de la Corte Suprema de Justicia desde que, a través del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, se incluyó esta modalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

*“Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), **también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.**”⁹*

De esta manera, la modalidad *claims made* del contrato de seguro tiene un fundamento legal sólido, y ha sido reconocida por la jurisprudencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, en el caso objeto de estudio, habiéndose expedido el auto de apertura en una fecha posterior a la vigencia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000002; la misma termina por no ofrecer cobertura temporal a los hechos objeto de controversia; por lo que incluso en el remoto e improbable caso, en el que el despacho encuentre que existe responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables, seguirá siendo inexigible a mi representada el cumplimiento de las obligaciones condicionales pactadas en el contrato de seguro.

C. FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965-87-994000000001 y No. 965-87-994000000002 RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO.

Las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000001 y No. 965-87-994000000002 no prestan cobertura material respecto a la responsabilidad fiscal que eventualmente se declare en contra del señor OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO. Lo anterior, toda vez que en el contrato de seguro se amparan las pérdidas en las que incurra el Distrito Especial de Santiago de Cali originadas en la responsabilidad de los servidores públicos asegurados; concretamente, el amparo de responsabilidad fiscal se plantea en los siguientes términos:

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 18 de julio de 2017. Radicación No. 76001-31-03-001-2001-00192-01. MP. Dr.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

2. RESPONSABILIDAD FISCAL

ORIGINADA EN EL DETRIMENTO PATRIMONIAL SUFRIDO POR EL ESTADO CUANDO LOS ASEGURADOS FUEREN LEGALMENTE RESPONSABLES POR HABER COMETIDO ALGÚN ACTO INCORRECTO RESPECTO DEL CUAL SE LES SIGA O DEBIERA SEGUIR UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000, SIEMPRE QUE DICHOS ACTOS INCORRECTOS HUBIESEN OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA O CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE RETROACTIVIDAD PACTADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, Y QUE DICHA RESPONSABILIDAD SEA RECLAMADA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO EXTENDIDO DE RECLAMACIONES EN CASO DE QUE EL MISMO FUERE CONTRATADO.

LA COBERTURA OTORGADA BAJO ESTE NUMERAL SE HACE EXTENSIVA Y AMPARA A LOS ASEGURADOS CUANDO LA RESPONSABILIDAD FISCAL POR LA COMISIÓN DE UN ACTO INCORRECTO SEA DETERMINADA MEDIANTE EL PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 97 Y 98 DE LA LEY 1474 DE 2011 (ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN).

10

1.1.3 EL DETRIMENTO PATRIMONIAL CAUSADO AL ESTADO POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS COMO CONSECUENCIA DE ACTOS INCORRECTOS COMETIDOS EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS PROPIAS DE SU CARGO, SIEMPRE QUE SEAN DECLARADOS RESPONSABLES A TÍTULO DE CULPA DE TAL DETRIMENTO PATRIMONIAL EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000. ESTE AMPARO SERÁ PROCEDENTE CUANDO EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEA CONOCIDO POR PRIMERA VEZ POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS, O ÉSTOS CONOZCAN POR PRIMERA VEZ QUE HABRÍA DE SER INICIADO EN SU CONTRA, DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO Y SE FUNDAMENTE EN ACTOS INCORRECTOS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO DE RETROACTIVIDAD OTORGADO POR ELLA.

11

La responsabilidad de mi representada, únicamente puede verse comprometida de acuerdo con las condiciones particulares del contrato de seguro, pues son éstas las que delimitan las obligaciones asumidas por la compañía aseguradora; en este sentido, al no haberse configurado el riesgo asegurado, no es posible exigir la obligación indemnizatoria contenida en la Póliza. Al respecto, por vía de ejemplo, el estudioso profesor español Abel Veiga Copo, indica que:

“(...) pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquellas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza (...)”¹²

Ahora bien, en el auto de apertura No. 1900.27.06.24.229 del 3 de diciembre de 2024, el ente de control fiscal vinculó como presunto responsable al señor OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO, en su calidad de Subsecretario de la Secretaría de Gestión del Riesgo de Emergencias y Desastres; puesto que, no se encuentra enlistado dentro de los cargos asegurados en la carátula de las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000001 y No. 965-87-994000000002, razón por la cual, éstas no ofrecen cobertura material para la responsabilidad fiscal que eventualmente se declare en contra del señor OREJUELA OSORIO.

D. INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS MODULAR COMERCIAL No. 1000074.

¹⁰ Condicionado General de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos 965-87- 994000000001

¹¹ Condicionado General de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos 965-87- 994000000002

¹² Abel Veiga Copo, Condiciones en el contrato de seguro, Granada, Comares, 2005, pág. 278 citado por: Jaramillo Jaramillo, C. I. (2013). Derecho de seguros. Tomo IV. Editorial Temis S.A. - Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 269.

Es fundamental que el operador fiscal tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de 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)¹³

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

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta

¹³ 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

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 listados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

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

cabeza de los presuntos responsables fiscales, 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 vinculados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el operador fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA**, del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el No. 1900.27.06.24.1716

E. REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE CONFORMIDAD CON LO PACTADO EN LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA DE SEGUROS MODULAR COMERCIAL No. 1000074.

Dentro del condicionado general de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074 se reguló la manera de establecer el monto de la indemnización que se encuentra a cargo de la compañía aseguradora, estableciendo la obligación en cabeza del asegurado de realizar las acciones necesarias para reducirlo en el valor del monto de las prestaciones sociales que puedan ser legalmente retenidas a los responsables de la configuración del eventual siniestro:

CONDICIÓN NOVENA.- MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

El asegurado, al descubrir el siniestro o posteriormente a este y con anterioridad al pago de la indemnización, deberá relacionar el valor de las prestaciones sociales que legalmente pueden ser retenidas y consignarlas a nombre del empleado causante de la pérdida, en el juzgado que adelanta la respectiva investigación, para que la justicia decida si este ha perdido el derecho a recibirlas.

14

En este sentido, es necesario que el Distrito Especial de Santiago de Cali allegue al proceso de responsabilidad fiscal, el certificado en el que se indique si se adeudan sumas de dinero a los presuntos responsables, para que, en caso afirmativo, dichos valores sean consignados para dar cumplimiento a un eventual fallo con responsabilidad fiscal, reduciendo el monto de indemnización que se encuentra a cargo de la compañía aseguradora que represento.

F. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 – 87 – 994000000001 y No. 965 – 87 – 994000000002 Y LA PÓLIZA DE SEGUROS MODULAR COMERCIAL NO. 1000074

En materia de contratos de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, en cuyo caso de acaecimiento,

¹⁴ Clausulado General de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074

eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2022, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

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

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a tener en cuenta en las providencias que definen conflictos relacionados con las Pólizas, las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que las Pólizas De Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965 – 87 – 994000000001 Y No. 965 – 87 – 994000000002 Y La Póliza De Seguros Modular Comercial No. 1000074 contemplan una serie de exclusiones, las cuales ruego tomar en consideración por parte del despacho, en caso de configurarse una o varias de ellas. Bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones previstas en las condiciones generales y particulares de la póliza en comento, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador, como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

En los anteriores términos ruego declarar probada esta excepción.

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

En el remoto e improbable evento en que el operador fiscal considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de **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, 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”¹⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante, y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción del riesgo asumido, que en este caso resulta ser la suma de MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.000.000.000), para el amparo que se pretende afectar, tal y como se observa en la carátula de la póliza.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al operador fiscal tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

H. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD:

Teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074, esta fue suscrita por el DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI bajo la figura del coaseguro, se deben tener en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza que sirvió de base para la vinculación de los terceros civilmente responsables, distribuyendo el riesgo entre las compañías CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA, MAPFRE, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ASEGURADORA SOLIDARIA y

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

SBS SEGUROS DE COLOMBIA S.A. de acuerdo con su porcentaje de participación como se expone a continuación:

COMPAÑÍA ASEGURADORA	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	32%
CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA	20%
SBS SEGUROS DE COLOMBIA	17%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA	19%
LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS	12%

En el mismo sentido, la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-87-994000000001, el coaseguro pactado distribuyó el riesgo entre las compañías que figuran como coaseguradoras de la siguiente forma:

CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA	40%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA	20%
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	40%

Finalmente, la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos 965-87-994000000002, el coaseguro pactado distribuyó el riesgo entre las compañías que figuran como coaseguradoras de la siguiente forma:

CHUBB SEGUROS DE COLOMBIA	10%
MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA	20%
ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	40%
LA PREVISORA	30%

En síntesis, operando bajo la figura del coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguro mencionadas, la responsabilidad de cada una de ellas está limitada al porcentaje de su participación, pues de ninguna manera podrá predicarse una solidaridad entre ellas.

Sobre esto, el artículo 1092 del Código de comercio establece: *“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.”* (Se subraya).

Lo consignado en la norma citada, aplica a la figura del 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.*” (Se subraya).

Respecto al contrato de coaseguro, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El contrato de coaseguro es un contrato plurilateral en el que, en un mismo instrumento, dos o más sujetos aseguradores asumen de manera conjunta la responsabilidad de un riesgo asegurable hasta por la totalidad de éste y que puede surgir por iniciativa del asegurado o por el ánimo de uno los aseguradores, esto último siempre con la aquiescencia del interesado, como bien lo señala el artículo 1095 del Código de Comercio, según el cual: ‘(...) en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro’. Es, por tanto, un contrato y una modalidad de coexistencia de seguros, en el que existe identidad de interés asegurado, de riesgos, y en el que concurre una pluralidad de aseguradores, entre quienes se distribuyen el riesgo hasta completar la totalidad del mismo, lo cual dista de la concurrencia de seguros, en la que se presentan varias relaciones contractuales distantes entre sí, aun cuando todas ellas tienen como objeto amparar la totalidad de idéntico interés, sin que entre ellos se presente distribución del riesgo.” (negrillas adicionales).¹⁶

“Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas, de modo que la contratista violó el debido proceso a Segurexpo SA al negar la vinculación del coasegurador Colpatria SA al trámite administrativo e imponerle, sin fundamento jurídico admisible, la carga de responder por la obligación de un tercero que no fue citado al proceso y que, en tal virtud, carece de interés para cuestionar los actos administrativos objeto de control, con todo, como lo estimó el tribunal, ello solo otorga derecho a Segurexpo SA para reclamar la nulidad parcial del acto, precisamente porque las obligaciones no eran solidarias y bien podía reclamársele su parte sin la comparecencia del coasegurador.”¹⁷

Es por lo anteriormente expuesto que, existiendo la figura ampliamente citada, solicito respetuosamente al despacho que en el evento en que se llegare a declarar civilmente responsable a mi representada, se tenga en cuenta la figura de coaseguro en la que se suscribió la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074; teniendo en cuenta que el porcentaje de participación de la MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA corresponde al 19%.

I. 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

¹⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A. Sentencia del 6 de noviembre de 2020. C.P JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Radicado No. 73001-23-31-000-2006-01892-01(49612)

¹⁷ Sección Tercera del Consejo de Estado. Subsección B. Sentencia del 26 de enero de 2022. C.P FREDY IBARRA MARTÍNEZ. Radicado No. 25000232600020110122201 (50.698)

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 de la decisión y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

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

J. SUBROGACIÓN

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1096 a 1099 del Código de Comercio, en el hipotético y remoto evento en el que la MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA deba pagar una indemnización por este proceso de responsabilidad fiscal, la compañía se subroga hasta la concurrencia de su importe, en todos los derechos del asegurado, contra las personas responsables del siniestro; situación que se aplica para todas las Pólizas que se relacionan en el auto de apertura y que se relacionan a continuación:

- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000002 Anexo 0 y 4
- PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS No. 965 87 994000000001 Anexos 1 y 3
- PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 Anexo: 0

Respecto a las Pólizas de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965 87 994000000002 y No. 965 87 994000000001, se resalta que además de la disposición legal antes citada, también se encuentra previsto el fenómeno de subrogación en el condicionado general de las Pólizas.

ARTÍCULO 19° - SUBROGACIÓN Y REPETICIÓN

DE ACUERDO CON LO PREVISTO POR LOS ARTÍCULOS 1096 A 1099 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN VIRTUD DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN, LA COMPAÑÍA SE SUBROGA HASTA CONCURRENCIA DE SU IMPORTE, EN TODOS LOS DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y/O ADMINISTRADORES ASEGURADOS CONTRA LAS PERSONAS RESPONSABLES DEL SINIESTRO.

TANTO LA EMPRESA TOMADORA COMO LOS MIEMBROS DE JUNTA Y/O ADMINISTRADORES ASEGURADOS, A PETICIÓN DE LA COMPAÑÍA, DEBERÁN HACER TODO LO QUE ESTÉ A SU ALCANCE PARA PERMITIRLE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA SUBROGACIÓN Y SERÁN RESPONSABLES DE LOS PERJUICIOS QUE LE ACARREARE A LA COMPAÑÍA SU FALTA DE DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN. EN TODO CASO, SI SU CONDUCTA ES DE MALA FE, PERDERÁN EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

LA COMPAÑÍA PODRÁ REPETIR CONTRA LOS MIEMBROS DE JUNTA Y/O ADMINISTRADORES ASEGURADOS EL IMPORTE DE LAS INDEMNIZACIONES QUE HAYA DEBIDO SATISFACER COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA POR PARTE DEL PERJUDICADO O SUS DERECHOS HABIENTES, CUANDO SE DESCUBRA QUE EL DAÑO O PERJUICIO CAUSADO AL TERCERO SE DEBIÓ A CONDUCTAS DOLOSAS O EXCLUIDAS DE LA COBERTURA POR PARTE DE LOS MIEMBROS DE JUNTA Y/O ADMINISTRADORES ASEGURADOS.

18

En este sentido, solicito que se reconozca la facultad de subrogación en favor de mi representada en el caso de un eventual fallo que la obligue a pagar una indemnización por concepto de este proceso de responsabilidad fiscal.

¹⁸ Clausulado General de las Pólizas No. 965 87 994000000001 y No. 965 87 994000000002

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **PROFIERA FALLO SIN RESPONSABILIDAD FISCAL** en contra de los señores RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE y OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** dentro del proceso identificado con el expediente 1900.27.06.24.1716, 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.
- B. Comedidamente, solicito se **ABSUELVA** de toda responsabilidad como tercero civilmente responsable a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, las Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-487-994000000001 y 965-487-994000000002 no ofrecen cobertura temporal para los hechos materia de investigación y de otro lado, no se configuró el riesgo amparado en la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074.

Subsidiariamente:

- C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tengan en cuenta las condiciones particulares de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074, especialmente, el coaseguro pactado y el límite del valor asegurado establecido en la caratula de la Póliza.

V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

1. DOCUMENTALES APORTADOS.

- 1.1. Copia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-487-994000000001, con sus condiciones generales y particulares.
- 1.2. Copia de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 1507222001766; que corresponde a la Póliza expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, en virtud del coaseguro pactado en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-487-994000000001.
- 1.3. Copia de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-487-994000000002, con sus condiciones generales y particulares.

- 1.4. Copia de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 2202223001006; que corresponde a la Póliza expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, en virtud del coaseguro pactado en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 965-487-994000000002.
- 1.5. Copia de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074, con sus condiciones generales y particulares.
- 1.6. Copia de la Póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 3335224026165; que corresponde a la Póliza expedida por MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, en virtud del coaseguro pactado en la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074.
- 1.7. Certificado de Existencia y Representación Legal de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 1.8. Poder general debidamente conferido al suscrito.

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

2. OFICIOS SOLICITADOS.

Dentro del condicionado general de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074 se reguló la manera de establecer el monto de la indemnización que se encuentra a cargo de la compañía aseguradora, estableciendo la obligación en cabeza del asegurado de realizar las acciones necesarias para reducirlo en el valor del monto de las prestaciones sociales que puedan ser legalmente retenidas a los responsables de la configuración del eventual siniestro:

CONDICIÓN NOVENA.- MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

El asegurado, al descubrir el siniestro o posteriormente a este y con anterioridad al pago de la indemnización, deberá relacionar el valor de las prestaciones sociales que legalmente pueden ser retenidas y consignarlas a nombre del empleado causante de la pérdida, en el juzgado que adelanta la respectiva investigación, para que la justicia decida si este ha perdido el derecho a recibirlas.

19

En este sentido, es necesario que se oficie al Distrito Especial de Santiago de Cali para que allegue al proceso de responsabilidad fiscal la siguiente información:

1. Indique si se adeudan sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales a los señores RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE identificado con cédula de ciudadanía

¹⁹ Clausulado General de la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074

No. 19.249.691 y OSCAR ANTONIO OREJUELA OSORIO identificado con cédula de ciudadanía No. 16.598.081 presuntos responsables.

Lo anterior, para que, en caso afirmativo, dichos valores sean consignados para dar cumplimiento a un eventual fallo con responsabilidad fiscal, reduciendo el monto de indemnización que se encuentra a cargo de la compañía aseguradora que represento.

Se informa que de manera previa se elevó esta solicitud por medio de derecho de petición, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso; petición radicada el día 21 de abril de 2025 e identificada con el consecutivo No. 202541730100751662, tal y como se observa en la siguiente imagen de la consulta en el aplicativo Orfeo.

INFORMACION DEL DOCUMENTO CON NUMERO DE RADICADO 202541730100751662 (Ver Imagen del documento)

TIPO DOCUMENTO	No Definido	REMITENTE	GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA
FECHA RADICADO	2025-04-21	DIRECCIÓN	Av 6A Bis 35N-100, Of. 212 Cali - Centro Empresarial Chipichape
ASUNTO	SOLICITUD DE INFORMACION PARA QUE SEA ALLEGADA AL PRF 19002706241716 QUE SE ADELANTA EN LA CONTRALORIA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI	MUN/DPTO	VALLE DEL CAUCA/CALI
REF/OFICIO/CUENTA INT	4-	ESTADO ACTUAL	En Tramite -



FLUJO HISTORICO DEL DOCUMENTO CON NUMERO DE RADICADO

DEPENDENCIA	FECHA	TRANSACCION	USUARIO	No. DIAS CALENDARIO
SECRETARIA DE DESARROLLO TERRITORIAL Y PARTICIPACION CIUDADANA	21-04-2025 13:16 PM	Consulta Vía WEB	Usuario Pagina Web Alcaldia De Cali	0
SECRETARIA DE DESARROLLO TERRITORIAL Y PARTICIPACION CIUDADANA	21-04-2025 13:11 PM	Radicacion Vía WEB	Usuario Pagina Web Alcaldia De Cali	0

Se adjunta el derecho de petición y la constancia de radicado.

VI. NOTIFICACIONES

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

Del Señor Contralor,

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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