

Señores

**CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI.  
DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL.**

[secretariacomun@contraloriacali.gov.co](mailto:secretariacomun@contraloriacali.gov.co)

[respo\\_fiscal@contraloriacali.gov.co](mailto:respo_fiscal@contraloriacali.gov.co)

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.  
**RADICADO:** 1900.27.06.25.1731.  
**ENTIDAD AFECTADA:** DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI -  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN.  
**VINCULADOS:** WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ Y OTROS.  
**TERCEROS VINCULADOS:** LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y  
OTROS.

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado especial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, entidad con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme al certificado de existencia y representación y poder adjunto, de manera respetuosa procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA** No. 1900.27.06.25.008 del 15 de enero de 2025, por medio del cual se vinculó como tercero civilmente responsable a mi representada, en virtud del coaseguro extendido mediante la Pólizas de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470 cuya póliza líder es la No. 1000074 expedida por SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., solicitando desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele y, consecuentemente, se proceda a resolver su desvinculación, 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 de marras tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades relacionadas con la ejecución del contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018, como quiera que supuestamente se evidencian situaciones tales como desgaste del pavimento, acumulación de agua en la cancha, falta de una sección de cubierta, cielo raso que presenta desprendimiento, instalaciones eléctricas que presentan cortocircuito y deterioro en la losa de contrapiso, en obras realizadas en las Instituciones Educativas José María Carbonell Sede Principal, Carlos Holguín Lloreda Sede Jardín Infantil II y José María Vivas Balcázar Sede Fernando Velasco.

En virtud de lo anterior, por medio del Auto No. 1900.27.06.25.008 del 15 de enero de 2025 se dio apertura al presente proceso de responsabilidad fiscal, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de NOVENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS M/CTE (\$94.252.945,25), correspondientes a los valores unitarios de cada uno de los ítems del contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018 sobre los cuales supuestamente hay un detrimento o deterioro patrimonial, señalando como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas:

- WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ, identificado con C.C. No. 16.686.009, en su calidad de Secretario de Educación desde el 17 de febrero de 2020 hasta el 01 de junio de 2021.
- JOSÉ DARWIN LENIS MEJÍA, identificado con C.C. No. 16.799.565, en su calidad de Secretario de Educación desde el 02 de junio de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2023.
- LEIDY TATIANA AGUILAR RODRÍGUEZ, identificada con C.C. No. 1.110.486.560, en su calidad de Secretaria de Educación desde el 1 de enero de 2024 hasta la fecha.
- TULIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ, identificado con C.C. No. 10.531.884, en su calidad de Profesional Universitario Grado 01 y Supervisor del Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018.
- CONSORCIO COLEGIOS CALI 2018, persona jurídica identificada con NIT 901.236.755-4, representada legalmente por LEIDY ANDREA BURBANO ANDRADE, identificada con la C.C. No. 1.086.360.768, en su calidad de Contratista, según Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018.
- CONSORCIO GR-19, persona jurídica identificada con NIT 901.325.836-4., representada legalmente por NÉSTOR RAMÍREZ CUARTAS, identificado con la C.C. No. 14.971.935, en su calidad de Interventor del Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018.

Con fundamento en los hechos antes aludidos, la Contraloría General de Santiago de Cali avocó conocimiento del asunto con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los sujetos procesales antes mencionados, por contera, verificar si en ejercicio de la presunta gestión fiscal que les correspondía se causó por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado.

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

La vinculación de mi prohijada se efectuó mediante el Auto No. 1900.27.06.25.008 del 15 de enero de 2025, con fundamento en la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470 cuyo número de póliza líder corresponde a 1000074 y fue expedida por SBS SEGUROS

COLOMBIA S.A., siendo tomada en coaseguro en proporción del 12% por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS cuyo valor asegurado por esta compañía asciende a la suma de \$120.000.000 Pesos M/cte y con una vigencia comprendida entre el 29 de febrero de 2024 al 1 de febrero de 2025, atendiendo a que los hechos objeto de reproche, presuntamente, afectan el patrimonio del beneficiario del mencionado negocio asegurativo, esto es, el Distrito Especial de Cali.

A primera vista, es evidente que la CONTRALORIA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI incurrió en un error al vincular a mi prohijada, considerando que la póliza no presta cobertura material en el caso concreto, por no cumplirse las condiciones generales y particulares pactadas, de manera que, al no existir fundamentos fácticos y jurídicos para mantener la vinculación de mi representada en el presente proceso, comedida y respetuosamente solicito desde ya su desvinculación, no sin antes hacer una referencia a los elementos de la responsabilidad fiscal y, concretamente, la manera en que estos no se configuraron en el caso de marras.

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

### **• FRENTE A LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL:**

En términos generales, para que se configure y reconozca la existencia de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es indispensable que en el acervo probatorio queden plenamente acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma, esto es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, un daño patrimonial del Estado y un nexo causal entre los elementos previamente expuestos.

En efecto, lo anterior ha sido establecido por la regulación colombiana, específicamente por el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, el cual es claro al establecer lo siguiente:

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

- **Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.**
- **Un daño patrimonial al Estado.**
- **Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

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

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

En este sentido a continuación se argumentarán las razones por las cuales, en el caso bajo estudio, no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta de los gestores fiscales. En consecuencia, el operador fiscal no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. 1900.27.06.25.1731.

### **A. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN FISCAL.**

Es imperativo que el despacho tome en consideración que, los hechos que suscitan el ejercicio de la presente acción fiscal se relacionan con la ejecución del contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018, el cual de conformidad con el mismo auto de apertura, se liquidó el 29 de noviembre de 2019, fecha para la cual habrían ocurrido los hechos, motivo por el cual es claro que en el presente asunto operó la caducidad de la acción fiscal, debiéndose proceder al archivo inmediato de las diligencias que ahora nos atañen.

Para iniciar el análisis propuesto es menester señalar que el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, consagra dos fenómenos jurídicos plausibles de configurarse en los procesos de responsabilidad fiscal: (i) caducidad y (ii) prescripción. Frente al primero, la norma indica que la acción fiscal caduca si transcurridos 5 años desde la ocurrencia del hecho que genera el daño al patrimonio público, no se ha dictado el auto por medio del cual se da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, esto es, se extingue el derecho de acción que tienen las contralorías para iniciar formalmente un proceso de responsabilidad fiscal

Particularmente, en tratándose de la caducidad de la acción fiscal, la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que dicho término se contabiliza desde cuando ocurre el hecho generador del daño al patrimonio público<sup>1</sup> que, para el caso concreto se evidencia o materializa en la fecha para la cual debieron haberse notado las deficiencias en la calidad de las obras entregadas como producto del contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018, la cual corresponde a la fecha de liquidación del contrato.

Por lo anterior, merece la pena recordar que la liquidación del contrato estatal de obra se ha definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado así:

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 16 de marzo de 2017; C.P. María Elizabeth García González; número único de radicación 85001-23-33-000-2014-00051-01 [...]. En el mismo sentido: “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 28 de enero de 2021; C.P. Hernando Sánchez Sánchez; número único de radicación 76001233300020160114201 [...]”.

La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.

Es decir, es en la liquidación del contrato cuando se evidencian las situaciones particulares que ocurrieron durante la ejecución contractual, lo que significa que por definición sería en esta etapa cuando debieran identificarse las falencias de calidad en el servicio o la obra contratada.

En el caso concreto, como se mencionó, la liquidación del contrato tuvo lugar el 29 de noviembre de 2019, por lo que podemos tomar esa fecha como la de ocurrencia de los hechos teniendo en consideración que el reproche fiscal del ente de control se fundamenta en la falta de calidad de las obras entregadas.

En atención a lo previamente señalado, es importante enfatizar en lo establecido por el Consejo de Estado en diversa jurisprudencia<sup>2</sup>, ya que se advierte el modo del conteo de la caducidad de la acción fiscal, así:

“La caducidad es el tiempo con el que cuenta la autoridad fiscal para iniciar el procedimiento correspondiente. En contraste, la prescripción, en este caso extintiva, es el lapso máximo con el que cuenta el Estado, en cabeza de la Contraloría, para proferir una decisión declarativa de la responsabilidad fiscal. En otras palabras, en el procedimiento de responsabilidad fiscal lo que caduca es la “acción fiscal”, en tanto lo que prescribe es la posibilidad de decretar, mediante el procedimiento fiscal, la existencia de responsabilidad. Entender la citada diferencia es de suma importancia, pues según la ley, los parámetros que permiten determinar cuándo hay caducidad o prescripción, son diferentes. Así pues, si se quiere saber si la “acción fiscal” caducó es menester identificar la fecha de ocurrencia de los hechos generadores de la lesión al patrimonio público - extremo inicial- y la fecha del auto de apertura del procedimiento -extremo final-. En contraposición, si lo que se pretende es determinar si la responsabilidad fiscal prescribió, el parámetro a tener en cuenta es la fecha del auto de apertura del procedimiento -extremo inicial- y la fecha en la que decisión definitiva quedó en firme -extremo final- “.

Ahora, teniendo claro que el extremo inicial para contabilizar el término de caducidad de la acción fiscal es cuando mucho el 29 de noviembre de 2019, debe señalarse que el extremo final para realizar tal conteo es la fecha del auto de apertura, el cual en el caso concreto se expidió el 15

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-Descongestión, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado: 25000-23-24-000-2003-00462-01, 15 de febrero de 2018.

de enero de 2025, siendo evidente que transcurrieron más de cinco años entre uno y otro evento, lo que conduce a la caducidad de la acción fiscal.

**B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL – NO OBRA PRUEBA SOBRE LA CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL.**

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

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).<sup>3</sup>

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

---

<sup>3</sup> Ibidem.

u organismo estatal en concreto. Lo previamente explicado fue analizado tal y como se expone a continuación:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.<sup>4</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente, recordando igualmente que nos hallamos en una instancia procesal en la cual la carga de la prueba y la carga argumentativa atañen por completo al ente de control. Igualmente, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia SU - 620 de 1996, consideró que el daño patrimonial es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, y que el mismo debe cumplir las siguientes características:

“(…) Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, **debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud**. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, **sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio** (...)”<sup>5</sup>.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, no podemos concluir de manera concreta y sin lugar a duda razonable que en el presente asunto se ocasionó la merma del erario por el monto y bajo los argumentos que manifiesta el ente de control. De hecho, se observa que no se cumplen con los requisitos exigidos, especialmente, el atinente a su certeza y a la no recepción de beneficio por parte de la administración como pasa a explicarse.

En relación con la certeza del daño, es importante señalar que el ente de control fiscal simplemente enuncia que presuntamente hay deterioros en las obras que ocurrieron con posterioridad a su entrega e incluso a la misma liquidación del contrato, sin embargo, no realiza una verificación probatoria y argumentativa que evidencie el incumplimiento de deberes asociados a la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

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

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-620 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Al respecto es menester señalar que de conformidad con el expediente contractual las instalaciones de las instituciones educativas, se recibieron a satisfacción, es decir, tanto la interventoría como la supervisión del contrato después de realizar labores de verificación concluyeron que las condiciones de las obras eran idóneas de conformidad con lo contratado, motivo por el cual no es posible a partir de los elementos probatorios establecer la existencia cierta de defectos constructivos que se hayan evidenciado al momento de la entrega de las obras, pues como la misma Contraloría lo sostiene, las supuestas falencias se evidenciaron después de la liquidación del contrato<sup>6</sup>.

En el sentido antes anotado, es importante resaltar que la obra fue entregada en el mes de enero de 2020, es decir, hace ya más de cinco años, término en el cual ha habido un uso continuo respecto del cual auditorías anteriores nunca revelaron inconsistencias, de modo que no es posible establecer que los supuestos deterioros hayan sido producto de una indebida ejecución contractual y no del demérito natural de una obra entregada hace más de un quinquenio.

Al respecto es imperativo resaltar que la Contraloría no ha establecido de manera cierta que los presuntos responsables fiscales hubieran conocido los hechos objeto del presente procedimiento administrativo y de manera negligente se hubiera omitido tomar las medidas correctivas pertinentes, pues incluso las auditorías realizadas por el ente de control datan de unos pocos meses antes de la expedición del auto de apertura.

Así mismo, es relevante señalar que no se ha establecido hasta esta instancia procesal que efectivamente las “falencias” que la Contraloría señala como genitoras del supuesto daño fiscal, se hayan presentado por algún defecto constructivo o un vicio oculto que sea atribuible al consorcio constructor y que no haya sido advertida por los funcionarios presuntamente responsables, pues se itera, se trata de una obra entregada hace más de cinco años respecto de la cual no se tiene conocimiento si se han realizado mantenimientos, adecuaciones o intervenciones; En el mismo sentido tampoco se ha acreditado que esos vicios hayan sido evidentes al momento de entrega de la obra y que aún así no hayan sido advertidos por el interventor, el supervisor o la administración.

Corolario de lo anterior, como quiera que no se ha establecido la existencia de vicios constructivos evidentes y por el contrario, es evidente que se trata de una obra entregada a satisfacción de la cual la administración se ha beneficiado por más de cinco años sin que se acredite que se hayan realizado mantenimientos o que incluso antes de los meses de junio y agosto de 2024, la administración hubiera tenido noticia alguna de las supuestas “falencias” de las obras, situación que sugiere razonablemente que las mismas son consecuencia únicamente del paso del tiempo y el deterioro normal de cualquier obra.

---

<sup>6</sup> Al respecto ver folio 15 auto de apertura.

Igualmente omitió la Contraloría considerar que se trata de obras que llevan más de un quinquenio utilizándose en varias jornadas por miles de niños, niñas y adolescentes, por lo cual es natural que algunos elementos de la infraestructura requieran de mantenimiento sin que ellos necesariamente impliquen la existencia de defectos constructivos.

Así también debe mencionarse que la cuantificación de la Contraloría respecto del supuesto detrimento patrimonial se realiza a partir de los valores total unitarios de cada uno de los ítems supuestamente afectados en la obra, así:

**FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSE MARIA CARBONELL SEDE PRINCIPAL**

FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSE MARIA CARBONELL SEDE PRINCIPAL						
ITEM	ACTIVIDAD / DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	Vr / UNITARIO	Vr / PARCIAL	VALOR TOTAL (INCLUYE AU 33,9%)
13,07	Desgaste del pavimento y material contaminante en el concreto (madera) LOSA DE CONTRAPISO E=0.07 M 3000 PSI	M2	843,71	\$ 42.680,00	\$ 36.009.542,80	\$ 48.216.777,81
INP	Acumulación de agua en la cancha debido al diseño hidrosanitario (drenaje) SISTEMA DE DRENAJE CANCHA	UND	1	\$ 8.662.232,00	\$ 8.662.232,00	\$ 11.598.728,65
INP	falta de una sección de cubierta TEJA ECOROOF	UND	1	\$ 271.900,00	\$ 271.900,00	\$ 364.074,10
<b>TOTAL DETRIMENTO PATRIMONIAL</b>						<b>\$ 60.179.580,56</b>

**FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA CARLOS HOLGUIN LLOREDA SEDE JARDIN INFANTIL**

FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA CARLOS HOLGUIN LLOREDA SEDE JARDIN INFANTIL						
ITEM	ACTIVIDAD / DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	Vr / UNITARIO	Vr / PARCIAL	VALOR TOTAL (INCLUYE AU 33,9%)
15,01	Cielo raso se presenta un desprendimiento C.F. PANEL BOARD 6.0 MM S. JUNTA+VINILO	M2	4	\$ 43.052,00	\$ 172.208,00	\$ 230.586,51
<b>TOTAL DETRIMENTO PATRIMONIAL</b>						<b>\$ 230.586,51</b>

**FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSE MARIA VIVAS BALCAZAR SEDE FERNANDO VELASCO**

FRENTE: INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSE MARIA VIVAS BALCAZAR SEDE FERNANDO VELASCO						
ITEM	ACTIVIDAD / DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	Vr / UNITARIO	Vr / PARCIAL	VALOR TOTAL (INCLUYE AU 33,9%)
13,07	Desgaste del pavimento y la baja resistencia de este. LOSA CONCRETO CANCHA MULTIPLE E=10 CM 3000 PSI	M2	515,1	\$ 46.793,00	\$ 24.103.074,30	\$ 32.274.016,49
13,07	Instalaciones eléctricas se presentan corto circuito TOMACORRIENTES DOBLES BLANCOS DE 15 AMPERIOS CON POLO A TIERRA DE INCRUSTAR	UND	24	\$ 20.363,00	\$ 488.712,00	\$ 654.385,37
	Deteriora la losa LOSA DE CONTRAPISO E=0.07 M 3000 PSI	M2	16	\$ 42.680,00	\$ 682.880,00	\$ 914.376,32
<b>TOTAL DETRIMENTO PATRIMONIAL</b>						<b>\$ 33.842.778,18</b>

Lo anterior constituye un evidente error como quiera que se pretende el resarcimiento de un daño indebidamente cuantificado, pues como es claro a partir de la lectura simple del auto de apertura, la Contraloría reprocha simples deterioros, no la inexistencia o daño total de los ítems; Para ejemplificar lo anterior es importante a modo ilustrativo volver la vista sobre el ítem 15,1 (cielo raso), al respecto es importante resaltar que el desprendimiento del cielo raso no implica que el mismo falte en la obra, que se haya roto o que no esté, por lo que no habría lugar a cuantificar el presunto daño patrimonial a partir de la totalidad de metros cuadrados que se hayan desprendido, sino de lo que eventualmente podría costar su reinstalación.

Así mismo, en caso de que se pretenda el cobro de la totalidad de los valores unitarios de cada uno de los ítems tendría que demostrar como mínimo la Contraloría que los mismos nunca prestaron el servicio para el cual fueron contratados, pues recuérdese que el proceso de

responsabilidad fiscal tiene una naturaleza eminentemente patrimonial y resarcitoria, por lo cual el daño no existiría o al menos su cuantificación se reduciría ostensiblemente si se acredita que la obra constructiva prestó el servicio para el cual se encontraba dispuesta y en ese sentido no causó ningún perjuicio a la entidad estatal en los términos del artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

Al respecto se itera que cada uno de los ítems de la obra cumplieron con su finalidad por el término de cinco años cuando menos e incluso al día de hoy siguen haciéndolo, de modo que no es posible sostener que el supuesto daño se causó en la proporción total de lo que costó cada uno de los ítems.

Para finalizar, es importante manifestar que en todo caso siendo que el proceso de responsabilidad fiscal tiene una naturaleza meramente resarcitoria que busca el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal<sup>7</sup>, ante la existencia de otros mecanismos indemnizatorios a los que puede acudir la administración, tales como la efectividad de la Póliza De Cumplimiento A Favor De Entidades Estatales No. 2997207, la cual cuenta con una serie de amparos que poseen la virtualidad de resarcir el daño patrimonial supuestamente causado a la administración y con ello desaparecería el objeto de la presente acción de responsabilidad, pues ante la posibilidad de resarcir el daño mediante otros mecanismos como la declaratoria de siniestro y efectividad de la póliza de cumplimiento, se desdibuja la certeza del daño patrimonial.

Así las cosas, es evidente que en el asunto de marras no existe una afectación patrimonial que sea susceptible de resarcimiento como quiera que los supuestos deterioros no son producto de acciones y omisiones de los servidores públicos o contratistas vinculados, sino que obedecen al deterioro normal y natural de las obras que fueron entregadas a satisfacción hace más de cinco años, durante los cuales se ha hecho uso de las mismas sin ningún problema y solo hasta ahora se evidencian supuestas falencias, motivo por el cual no habría lugar a realizar imputaciones por daños económicos que en realidad no se han consumado o que de existir no son imputables a una actuación u omisión humana, sino que responden a condiciones normales del demérito natural de las obras.

Por lo anterior, no es posible establecer con certeza la existencia de un daño fiscal, siendo tal acreditación una carga argumentativa y probatoria que atañe únicamente al ente de control, lo que, para el caso *sub examine*, significa un análisis profundo sobre las afectaciones económicas que realmente implica la supuesta no realización de tales cobros, su naturaleza, plazos y otras características, no obstante, es evidente que no hay claridad sobre la certidumbre del daño patrimonial, por lo que, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado,

---

<sup>7</sup> Artículo 4 Ley 610 de 2000.

es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal y, consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

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

De esta forma, resulta conducente el archivo del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el radicado No. 1900.27.06.25.1731.

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

Es de suma importancia ponerle de presente al ente de control que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible a los gestores fiscales, 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 de los gestores, 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 del 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

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

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**<sup>8</sup> (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

<sup>8</sup> Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación de los presuntos responsables fiscales 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 J

usticia definió el concepto de culpa grave, tal y como se evidencia a continuación:

“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’** (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”<sup>9</sup> (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 que:

“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:

---

<sup>9</sup> 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

“[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)<sup>10</sup>.

En otras palabras, para endilgar responsabilidad fiscal es indispensable que, utilizando 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 con 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.

En este sentido, es importante resaltar que en ningún momento se ha establecido que los funcionarios de la Secretaría de Educación hubieran conocido antes las supuestas falencias constructivas y de manera negligente hubieran decidido no tomar acciones al respecto, es decir, no se aportan al expediente auditorías, visitas, quejas o denuncias que evidencien que los funcionarios públicos vinculados como presuntos responsables, razonablemente hubieran conocido las falencias y hubieran decidido ignorarlas omitiendo el cumplimiento de sus funciones o sus deberes reglamentarios.

Así mismo, es importante resaltar que no se estableció la función u obligación particular supuestamente incumplida por WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ, JOSÉ DARWIN LENIS MEJÍA, LEIDY TATIANA AGUILAR RODRÍGUEZ o TULIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ, así como tampoco se acreditó negligencia, impericia o falta de diligencia por parte de estas personas en el ejercicio de la gestión fiscal que les fue encomendada.

Respecto del señor TULIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ, debe mencionarse que su labor como supervisor del Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018 finalizó con el acta de liquidación de este, pues fue allí cuando se completó la ejecución del objeto contratado en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo, en el asunto de marras se estableció que las falencias evidenciadas se presentaron después de la liquidación del contrato, así:

---

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

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que entre los presuntos responsables identificados por el Equipo Auditor se incluyó a la señora Luz Elena Azcárate Sinisterra, en su calidad de Secretaria de Educación, quien ocupó dicho cargo desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, y que en ese momento el Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018 aún estaba en ejecución; pues como se indicó en el informe final de la auditoría, este finalizó el 30 de enero de 2020. Adicionalmente, el acta de pago final tiene fecha del 26 de mayo de 2020 y el acta de liquidación fue suscrita el 19 de julio de 2020, sin que en esta última se detallaran las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios recibidos, y sin ninguna salvedad al respecto. Por lo tanto, se considera que las falencias evidenciadas se presentaron después de la liquidación del contrato, cuando la señora Luz Elena Azcárate Sinisterra ya no estaba vinculada a la Secretaría de Educación.

*Folio 15 auto de apertura.*

Así las cosas, es claro que no le asistía ningún deber o función al señor TULLIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ que se pueda estimar incumplida y, aunque se predicara la existencia de una obligación o función incumplida, en todo caso dicha conducta no puede calificarse como dolosa o gravemente culposa, más aún cuando no existen denuncias, auditorías, comunicaciones o cualquier tipo de noticia que permita establecer que el mencionado servidor conocía de la existencia de las supuestas falencias en la infraestructura y aun así actuó de forma negligente omitiendo tomar las medidas pertinentes al respecto.

Ahora, en relación con el señor WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ quien fungió como Secretario de Educación desde el 17 de febrero de 2020 hasta el 01 de junio de 2021 y suscribió el acta de liquidación del contrato, tampoco puede imputarse ninguna clase de responsabilidad fiscal como quiera que tal como se señaló anteriormente, la misma Contraloría reconoce que las supuestas falencias no eran evidentes al momento de liquidación del contrato, luego resulta ser un contrasentido que se califique la conducta del señor RODRÍGUEZ SÁNCHEZ como dolosa o gravemente culposa cuando se reconoce que efectivamente los defectos constructivos aparecieron o se presentaron después de la liquidación del contrato, es decir, cuando este funcionario no tenía la forma de advertirlos.

Así mismo, en lo atinente a los señores JOSÉ DARWIN LENIS MEJÍA y LEIDY TATIANA AGUILAR RODRÍGUEZ, debe mencionarse que su conducta tampoco puede calificarse como dolosa o gravemente culposa como quiera que no se acreditó que éstos tuvieran forma de conocer o conocimiento efectivo de los deterioros de las obras, lo cual por sustracción de materia implica que no podían tampoco advertir un posible vicio oculto posterior a la liquidación del contrato que fuera imputable a actuaciones del contratista y por ello hubiere mérito para iniciar un proceso de incumplimiento contractual o hacer efectiva la garantía única de cumplimiento; En ese sentido es evidente que no hay un incumplimiento de funciones u obligaciones en relación con éstos dos funcionarios pues lo cierto es que no se ha acreditado que se les hubiera informado de los defectos constructivos que aparecieron cinco años después de la entrega de la obra, con lo cual es razonable aceptar que los mencionados funcionarios pudieran asumir válidamente que los deterioros hacen parte del demérito natural de las obras por más de un quinquenio.

En ese sentido, ante la ausencia de tales elementos probatorios y argumentativos, en ningún escenario la conducta de los funcionarios señalados como presuntos responsables fiscales 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), siendo evidente que la carga de acreditar y expresar tales circunstancias atañe por completo al ente de control fiscal, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Frente a lo anterior, ha de decirse desde ahora que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden, resulta claro que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción

disciplinaria impuesta a los presuntos responsables 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 en ninguna de ellas se enmarca 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 a WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ, JOSÉ DARWIN LENIS MEJÍA, LEIDY TATIANA AGUILAR RODRÍGUEZ y TULIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta de los implicados, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

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

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

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría General de Santiago de Cali deberá 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 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 Honorable Juzgador 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, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 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 seguro correspondiente, por cuanto, de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

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

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

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

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

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

Vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No. 005 proferida por la Contraloría General de la República el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de 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.”<sup>[1]</sup> (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470 que hace parte del coaseguro cedido por SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. al tenor de la póliza líder 1000074, limitándose exclusivamente a enunciar su existencia. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

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

Como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, comoquiera que no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, en cabeza de los presuntos responsables. En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa de los funcionarios imputados, así como tampoco hay certeza o probanza de la causación del daño al patrimonio público.

De tal forma, considerando que el objeto de las pólizas es *“EL AMPARO BÁSICO SE EXTIENDE A CUBRIR LAS PÉRDIDAS ECONÓMICAS RECLAMADAS EN VIRTUD DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL POR EL DETRIMENTO PATRIMONIAL QUE SUFRA LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA EXCLUSIVAMENTE EN EL EVENTO QUE EL PROCESO SE ADELANTE POR **DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** COMETIDOS POR LOS **EMPLEADOS** DE LA ENTIDAD EN EJERCICIO DE LA GESTIÓN FISCAL, SIEMPRE Y CUANDO LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO FISCAL SE AJUSTEN A LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA.”*, siendo este el riesgo asegurado, debe anunciarse que el mismo no se configuró y, por lo tanto, tampoco la obligación condicional del asegurador, en la medida que no existen pruebas que acrediten fehacientemente el menoscabo de los bienes de la entidad pública por alguna actuación con alcance fiscal de sus funcionarios y, mucho menos, una conducta dolosa o gravemente culposa de los presuntos responsables que dé lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal.

Lo anterior por cuanto como se explicó hay una omisión probatoria por parte del ente de control, como quiera que no se acreditó que efectivamente hubiera ocurrido algún daño fiscal que deba ser resarcido por los investigados fiscales; Así mismo, no media prueba siquiera sumaria de que se hubiera incurrido en una conducta gravemente culposa o dolosa por parte de los funcionarios de la Secretaría de Educación de Cali.

Así las cosas y, siendo que la carga argumentativa y probatoria atañe por completo al ente de control, pero que la misma no se encuentra satisfecha en el asunto que ahora nos convoca, deviene jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, se debe concluir que tampoco puede exigirse pago alguno a mi procurada en el marco de la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado.

En consecuencia, el operador fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a la compañía **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** del presente proceso de responsabilidad fiscal.

**B. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO DE MANEJO SECTOR OFICIAL NO. 3000470.**

Sin perjuicio de los argumentos que enervan la responsabilidad fiscal endilgada los cuales se abordaron de forma previa en el presente escrito, es fundamental que la Contraloría tome en consideración que, en el ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la compañía aseguradora, en virtud de la facultad 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 prerrogativa de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos, las condiciones de amparo 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)

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

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

[...]

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

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

Así mismo, es importante señalar que respecto de las pólizas de “manejo” la doctrina especializada ha señalado lo siguiente:

“frente a lo que debe entenderse por “manejo” en el derecho de seguros, el profesor Arturo Gómez Duque en su libro el “Régimen de Seguros. Tomo II. El contrato de Seguro. Parte Especial”<sup>11</sup> menciona lo siguiente:

“663. QUÉ HEMOS DE ENTENDER POR “MANEJO”

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

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

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

Pueden ocurrir muchos casos, pero enunciemos algunos emblemáticos:

1. Manejo que debe cumplir el comodatario o el depositario respecto de bienes entregados en comodato o en depósito.

---

<sup>11</sup> Gómez Duque, A. (2017). Régimen de Seguros. Tomo II. El contrato de seguro. Parte Especial. Biblioteca Jurídica Diké.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

De igual forma, el profesor Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz menciona lo siguiente sobre el seguro de manejo:

“... Riesgo asegurado

El riesgo cubierto en el seguro de manejo es, en principio, la pérdida de fondos por causa de actos de naturaleza fraudulenta, es decir dolosa.

Lo dicho encuentra apoyo en el análisis que realizó la Corte Suprema de Justicia<sup>12</sup> sobre el particular:

“El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2º señala que aquel tiene por objeto garantizar “el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confien a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables”.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de julio de 2003, rad. 00191, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

[...]

”En virtud de este seguro – mejor aún modalidad aseguraticia – se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que esta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquella, lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente.

”El riesgo que figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C. de Co.), no es la satisfacción de obligación que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley – como acontece en el seguro de cumplimiento –, sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores, infidelidad que “puede tener su origen en uno de estos actos; el desfalco, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza. Actos intencionales, dolosos”

El Consejo de Estado<sup>13</sup> coincide en que la cobertura del seguro de manejo está referida a actos tipificados como delitos:

“[...] en la denominada póliza global de manejo, las entidades públicas o privadas se precaven frente a los perjuicios que pueden sufrir en su patrimonio con ocasión de la pérdida de sus fondos y bienes, proveniente de las actuaciones de sus empleados en ejercicio de sus cargos y como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de dichos servidores. Tratándose de las entidades estatales, **el seguro de manejo las ampara de los actos que sean tipificados como delito contra la administración pública, es decir que en estos casos, el riesgo está fundado en la administración dolosa o gravemente culposa de los bienes y valores confiados al funcionario en razón de su cargo**”.

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

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

Con base en lo dicho, para que una pérdida sufrida por el asegurado genere una obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora (es decir, que sea considerada como siniestro) **se requiere la comisión de una conducta dolosa o una infracción fraudulenta o deshonesta cometida por el empleado o funcionario, la cual debe presentarse durante la vigencia de la póliza. Lo anterior no significa que sea menester contar con una sentencia penal previa, sino que se acredite plenamente que se reúnen los elementos para un tipo penal.**<sup>14</sup>

Así las cosas, de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las partes intervinientes en el contrato de seguros vinculado al presente proceso fiscal pactaron las condiciones de cobertura, conviniendo que el objeto del seguro se restringe a amparar las pérdidas económicas reclamadas mediante proceso de responsabilidad fiscal por el

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de junio de 2013, rad. 25472, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>14</sup> Díaz-Granados Ortiz, J. M. (2023). El seguro de manejo y el seguro de cumplimiento. En Teoría General del Seguro. Los seguros en particular (pp. 159-185). Editorial Temis S.A.

detrimento patrimonial que sufra la entidad estatal **exclusivamente en el evento que el proceso se adelante por delitos contra la administración pública cometidos por empleados de la entidad en ejercicio de la gestión fiscal**; Así se estableció:

#### **EXTENSIÓN A FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL**

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

Es decir, a partir de la redacción utilizada en el condicionado general, se puede inferir que una condición para la procedencia de afectación de los amparos de FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL es que el proceso de responsabilidad fiscal tenga su origen en delitos contra la administración pública, situación que no se encuentra acreditada siquiera sumariamente en el proceso de marras.

Adicionalmente, como se evidencia en la imagen precedente, el amparo de FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL se limita a los empleados de la entidad afianzada, esto es del MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, a su vez el vocablo “empleado” se encuentra definido en el mismo clausulado general, así:

#### **3.1 EMPLEADO**

PARA EFECTOS DEL CONTRATO DE SEGURO, SE ENTENDERÁ COMO EMPLEADO LA PERSONA NATURAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA, VINCULADA A ÉSTA MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO O NOMBRAMIENTO POR DECRETO O RESOLUCIÓN, IGUALMENTE QUEDAN AMPARADOS LOS TRABAJADORES OCASIONALES, TEMPORALES O TRANSITORIOS, Y A QUIENES SIN SERLO REALICEN PRÁCTICAS O INVESTIGACIONES EN SUS DEPENDENCIAS, COMO ESTUDIANTES O VISITANTES ESPECIALES, CON LA PREVIA Y EXPRESA AUTORIZACIÓN DEL ASEGURADO. ASÍ MISMO TODAS AQUELLAS PERSONAS NATURALES COMO CONTRATISTAS INDEPENDIENTES QUE PRESTEN SUS SERVICIOS EN EL ESTABLECIMIENTO DEL ASEGURADO, BAJO CUALQUIER TÍTULO O CONTRATO Y DEMÁS QUE REQUIERA LA ENTIDAD PARA SU NORMAL FUNCIONAMIENTO, BAJO SU CONTROL Y SUPERVISIÓN.

Así las cosas es claro que los consorcios presuntamente responsables no son objeto de cobertura del amparo concedido en virtud de la póliza 3000470, por cuanto la cobertura está condicionada a acciones u omisiones de los empleados del municipio de Santiago de Cali y, siendo que dichos consorcios no ostentan la calidad de empleados del mencionado municipio, es claro en el eventual e improbable caso de encontrarse la responsabilidad fiscal de los imputados, cualquier condena en contra de mi prohijada deberá delimitarse únicamente a la responsabilidad de los señores WILLIAM RODRIGUEZ SANCHEZ, JOSÉ DARWIN LENIS MEJÍA, TULIO ENRIQUE RIVERA MUÑOZ y LEIDY TATIANA AGUILAR RODRÍGUEZ.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular o proferir fallo fiscal eximiendo de responsabilidad a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS del presente proceso de responsabilidad fiscal, en virtud de la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470.

**C. IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR LA PÓLIZA DE MANEJO POR EXISTIR UNA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO QUE PRESTA COBERTURA - CARÁCTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO QUE REVISTEN LOS CONTRATOS DE SEGURO.**

Un principio que rige el contrato de seguro es el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo, de allí que la indemnización que corresponda por la ocurrencia del siniestro, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Así las cosas, el carácter de los seguros en general, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado/beneficiario con el pago de la indemnización; Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto al carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”

En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

**“Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento.** La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso” (Subraya y negrita adrede).

Así las cosas, no debe perderse de vista que, como se señaló en el acápite pertinente, el daño no ha acaecido efectivamente como quiera que existe una póliza de cumplimiento cuya finalidad es justamente indemnizar las pérdidas que efectivamente sufra la entidad asegurada en relación con la ejecución del contrato de obra 4143.010.26.41-2018, pues de conformidad con la misma manifestación de la Contraloría, el objeto de la presente acción fiscal son las **“Presuntas irregularidades en la ejecución del Contrato de Obra No. 4143.010.26.41-2018, al evidenciar desgaste del pavimento, acumulación de agua en la cancha, falta de una sección de cubierta, cielo raso que presenta desprendimiento, Instalaciones eléctricas que presentan cortocircuito y deterioro en la losa de contrapiso, en obras y trabajos realizados en las Instituciones Educativas José María Carbonell Sede Principal, Carlos Holguín Lloreda Sede Jardín Infantil II y José María Vivas Balcázar Sede Fernando Velasco.**<sup>15</sup>”

Corolario de lo anterior, debe mencionarse que la póliza de cumplimiento que afianzó la ejecución del contrato de obra 4143.010.26.41-2018, esto es, la Póliza de Cumplimiento a Favor de

<sup>15</sup> Auto de apertura folio 1.

Entidades No. 2997207 expedida por LIBERTY SEGUROS S.A. contempla un amparo de ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA con una suma asegurada de \$ 808,789,020 Pesos M/cte.

Por lo anterior, es claro que afectar una póliza de manejo cuando existe una póliza de cumplimiento vulneraría el principio indemnizatorio que rige los contratos de seguro, puesto que se dejaría de afectar un contrato de seguros cuya finalidad es indemnizar las pérdidas que sufra o haya sufrido la entidad afectada con ocasión de los vicios ocultos constructivos que aparezcan después de la entrega de la obra.

En esa medida, resulta improcedente la afectación de la póliza de manejo por la cual se vinculó a mi prohijada toda vez que existe un contrato de seguro con un amparo de estabilidad y calidad de la obra susceptible de afectación y con amparos que se adecúan mejor a los supuestos perjuicios sufridos por la entidad, motivo por el cual afectar ambos negocios asegurativos o afectar primero el amparo de manejo antes que el de cumplimiento, dejando la puerta abierta a la administración para que reciba una doble indemnización, desnaturaliza el contrato de seguro pues se recuerda que el mismo no puede ser fuente de enriquecimiento por tener un carácter meramente indemnizatorio.

#### **D. RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MANEJO SECTOR OFICIAL NO. 3000470.**

Debe mencionarse que en la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470 se pactó una exclusión relacionada con “*MERMAS, DAÑOS O PÉRDIDAS QUE SUFRAN: EL DINERO, LOS BIENES O LOS VALORES POR CUALQUIER CAUSA NO IMPUTABLE A LA CONDUCTA O ACTIVIDAD DE CUALQUIERA DE LOS EMPLEADOS DE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA*”, la cual resulta plenamente aplicable al caso concreto y desdibuja la cobertura material del negocio asegurativo de llegar a establecerse que efectivamente la responsabilidad fiscal de los investigados tiene su génesis en el demérito natural de la construcción y no en acciones u omisiones de los servidores públicos involucrados en el presente proceso de responsabilidad fiscal, como se pasa explicar.

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

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se

configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”<sup>16</sup>

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro, al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del contrato de seguro, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera: “Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”<sup>17</sup>

Por otro lado, si bien la Circular Básica Jurídica establece que las exclusiones deben constar en la primera página de la póliza y en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023 ha aclarado que lo necesario es que deban empezar en la primera página de la póliza, más no de su carátula, y en caracteres destacados para que tengan eficacia. Criterios que se cumplen dentro del proceso, pues las exclusiones se encuentran desde la primera página del condicionado en caracteres destacados de forma ininterrumpida.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas.

(...)

2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

<sup>16</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

<sup>17</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza. (negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de unificación No. SC328 del 21 de septiembre de 2023, la Sala de Casación Civil señaló que:

“Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, (i) la carátula, en la que se consignan las Por lo que tal, condiciones particulares del artículo 1047 ibídem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem.

En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del ESOF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «en caracteres destacados» en la referida carátula.

Cuando la norma en cita alude a «la primera página de la póliza» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es a partir de allí donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.”

Conforme a lo anterior, las exclusiones son eficaces siempre que consten en caracteres destacados y comiencen a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, tal y como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; exigencia que se cumple en el caso de marras, toda vez que las exclusiones fueron estipuladas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza. Particularmente la exclusión 2.1 se encuentra contemplada en la página 2 del condicionado general, así:

**2.1. MERMAS, DAÑOS O PÉRDIDAS QUE SUFRAN: EL DINERO, LOS BIENES O LOS VALORES POR CUALQUIER CAUSA NO IMPUTABLE A LA CONDUCTA O ACTIVIDAD DE CUALQUIERA DE LOS EMPLEADOS DE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA.**

Así las cosas, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse la exclusión anterior o alguna de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470, 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.

#### **E. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD CONTENIDA EN LA PÓLIZA DE DE SEGURO DE MANEJO GLOBAL 3000470.**

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mí representada como tercero civilmente

responsable, revela que la misma fue tomada por el Municipio de Santiago de Cali, bajo la figura de coaseguro, distribuyéndose el riesgo entre varias compañías aseguradoras, así:

DISTRIBUCION COASEGUROS	
SBS	17%
SOLIDARIA	32%
CHUBB	20%
PREVISORA	12%
MAPFRE	19%

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, a mi representada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** únicamente le correspondería el 12% del riesgo asumido.

El artículo 1092 del Código de Comercio, estipula que:

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

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

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

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

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

De igual forma, la doctrina nacional también ha dejado clara la imposibilidad de concebir una relación solidaria entre las coaseguradoras:

“Las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, para expresarlo en términos acordes con la más estricta juridicidad, **son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las**

**responsabilidades de los demás participantes.**<sup>18</sup> (énfasis añadido).

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que se profiera fallo con responsabilidad fiscal y se declare que a los terceros civilmente responsables les asiste obligación indemnizatoria a su cargo, podría condenarse a mi representada por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro la obligación indemnizatoria de las compañías aseguradoras no es solidaria, sino que, por el contrario individual, tal como se desprende de la lectura del artículo 1092 del Código de Comercio, debido a que cada asegurador deberá soportar la indemnización debida, en proporción a la cuantía de su participación porcentual.

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

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

**“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA.** El asegurador no estará obligado a responder si no hasta 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,

<sup>18</sup> Narváz Bonnet, J. E. (2012). El coaseguro. Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros, 21(37). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/11467>

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”<sup>19</sup> (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 siguiente, para los amparos que a continuación se relacionan:

OBJETO DEL SEGURO: MANEJO

AMPAROS CONTRATADOS

No. Amparo	Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1 COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	120,000,000.00	SI	2,761,643.00
Deducible: 0.00 SIN DEDUCIBLE SIN DEDUCIBLE MIN 0.00			
2 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	120,000,000.00	NO	0.00
3 FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	120,000,000.00	NO	0.00
4 PERSONAL TEMPORAL	84,000,000.00	NO	0.00
5 PERSONAL DE FIRMA ESPECIALIZADA	84,000,000.00	NO	0.00
6 PERSONAL NO IDENTIFICADO	84,000,000.00	NO	0.00
7 EMPLEADOS Y TRABAJADORES DE CONTRATISTAS Y SUBCON	120,000,000.00	NO	0.00

  

Beneficiarios	Documento	Porcentaje	Tipo Beneficiario
Nombre/Razon Social MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI	890.399.011-3	100.0000	ONEROSO

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho 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.

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

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al órgano de control fiscal que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables fiscales, la compañía aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca en el dolo o la culpa grave, es claro que no se podrán ordenar hacer efectivas la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 de SBS Seguros, por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** del proceso de responsabilidad fiscal de la referencia, por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

#### **H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO.**

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mejor derecho y respecto a los mismos hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha de un fallo con responsabilidad fiscal en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi procurada, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

#### **I. SUBROGACIÓN.**

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

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

#### **IV. PETICIONES**

**A.** Comedidamente, solicito se **ARCHIVE EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL** tramitado bajo el expediente No. 1900.27.06.25.1731, que cursa actualmente en la CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI, por cuanto de los elementos

probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

Subsidiariamente:

- B.** 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 tenga en cuenta el límite del valor asegurado, la vigencia de los amparos y las exclusiones aplicables.

## **V. MEDIOS DE PRUEBA.**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

### **1. DOCUMENTALES**

- 1.1. Copia de las Póliza de Seguro de Manejo Sector Oficial No. 3000470 con sus condiciones generales y particulares.
- 1.2. Prueba de oficio: Consistente en que se oficie a SBS para que, con destino a este PRF, y por ser una prueba sobreviniente, se sirva aportar un certificado de disponibilidad del valor asegurado en la póliza de seguro modular comercial No. 1000074.

## **VI. ANEXOS.**

1. Certificado de existencia y representación legal de la compañía LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
2. Poder especial otorgado al suscrito, en concordancia con la Ley 2213 de 2022.

**VII. NOTIFICACIONES**

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