

Señores:

**CONTRALORIA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI**  
**DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

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

E. S. D.

**REFERENCIA:** PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL  
**EXPEDIENTE:** 1900.27.06.24.1630  
**ENTIDAD AFECTADA:** SECRETARIA DE GESTIÓN DEL RIESGO EMERGENCIAS Y DESASTRES - SGRED  
**PRESTUNTOS RESP.:** RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE Y OTROS  
**TERCERO VINCULADO:** MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado en Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado general de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, conforme al certificado de existencia y representación legal, de manera respetuosa procedo a pronunciarme respecto del auto de apertura No. 1900.27.06.25.006 del 15 de enero de 2025, por medio del cual se abrió un proceso de responsabilidad fiscal y se vinculó a mi representada en virtud de la PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad u obligación que pretenda endilgársele, y consecuentemente, se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

## **I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

### **Objeto de la Investigación Fiscal:**

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de presuntas irregularidades en la construcción de la etapa II de un espacio físico para la puesta en marcha del Centro de Control y Operación de Emergencias en Santiago de Cali, en desarrollo del proyecto denominado "Construcción de la Sala de Crisis para el monitoreo de emergencias y desastres en Santiago de Cali", y según las recomendaciones del estudio de suelos, se debía tener una profundidad de cimentación de 1,5 m bajo el nivel de piso del sótano, lo cual afirma el ente de control que las cotas de la cimentación para las zapatas debían estar a 7,55 m con respecto a la cota de terreno.

La Dirección Técnica ante el Sector Salud de la Contraloría General de Santiago de Cali, en cumplimiento de la función constitucional y legal realizó: "*Actuación especial de fiscalización-denuncia fiscal No. 448*". El resultado de este ejercicio generó hallazgo con incidencia fiscal, que exigió a la Directora Técnica ante el Sector Salud, solicitar al despacho del señor Contralor General de Santiago de Cali, el traslado a la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal de la documentación requerida para la correspondiente investigación fiscal. El Formato de Traslado de Hallazgo Fiscal, elaborado por la Dirección Técnica ante el Sector Salud, fue remitido por el Dr. PEDRO ANTONIO ORDÓÑEZ, Contralor General de Santiago de Cali, mediante oficio No. 1500.19.01.24.077 del 15 de mayo de 2024, recibido el 16 de mayo de 2024.

Así, a través de Auto No. 1900.27.06.25.006 del 15 de enero de 2025 se decidió dar apertura al proceso que hoy nos ocupa por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **SEISCIENTOS**

**SESENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS DOS (\$663.385.302) M/CTE.**, vinculando como presunto responsable fiscal a las siguientes personas:

- Rodrigo Zamorano Sanclemente, en su calidad de Secretario de Despacho,
- Carlos Andrés Fernández Illera, en su calidad de Profesional Universitario,
- Mónica Andrea Jiménez Valencia, en su calidad de Subsecretaria de Despacho,
- María Margarita Zapata Paredes, en su calidad de Representante legal del contrato de interventoría
- Carlos Manuel Olarte Martínez, en su calidad de Representante del contrato de obra C&M,

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

**Frente a la vinculación de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., en calidad de tercero civilmente responsable:**

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, tomada por parte del Distrito Especial de Santiago de Cali.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha póliza de seguro, por cuanto existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto, pues no se ha acreditado la realización del riesgo asegurado, en la medida que no se han probado los elementos de la responsabilidad fiscal. Ni tampoco presta cobertura temporal, teniendo presente que la póliza se pactó bajo la modalidad descubrimiento, y el auto de apertura se expidió posterior a la vigencia de la póliza.

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

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

Para establecer y reconocer la responsabilidad fiscal en un proceso de esta naturaleza, es fundamental contar con pruebas contundentes que demuestren de manera inequívoca los elementos constitutivos de dicha responsabilidad. Estos elementos incluyen la existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible al gestor fiscal, la ocurrencia de un perjuicio patrimonial al Estado y la existencia de un vínculo causal entre los elementos mencionados anteriormente. En Colombia, el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, establece de manera clara y precisa estos requisitos para la configuración de la responsabilidad fiscal:

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

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

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

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

En conclusión, los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, según el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, son una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre ambos elementos. En concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, específicamente la sentencia del 22 de febrero de 2018, se reafirma la importancia de que en el procedimiento se cumplan tres características: la existencia comprobada y cuantificada del daño al patrimonio público como elemento objetivo, la evaluación de la actuación del gestor fiscal en términos de culpa como elemento subjetivo, y la comprobación de una relación causal entre el actuar del gestor fiscal y el daño al patrimonio público.

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. Por tanto, se solicita respetuosamente al órgano de control fiscal considerar el archivo del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el radicado No. **1900.27.06.24.1630**.

#### **A. INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO**

No existe material probatorio que sustente la existencia de un daño patrimonial, como quiera que se manifiesta por parte del órgano de control hallazgos fiscales en la ejecución del contrato de obra No 4163.001.26.1.582 de 2020 porque supuestamente existió una sobre excavación de 1,15m de profundidad de donde debería iniciar la cimentación, sobrepasando la recomendación dada por el estudio de suelos. No obstante, dicha conducta no acarrea un daño patrimonial, pues, no existe ningún medio de prueba que permita evidenciar que la obra corra algún tipo de riesgo; aunado a esto, se desconoce si existió algún inconveniente durante el desarrollo de la obra que exigiera una excavación mayor.

Es menester reiterar que el daño patrimonial al Estado se encuentra configurado como un requisito indispensable para la declaratoria de responsabilidad fiscal, al respecto el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, establece de manera clara y precisa tales requisitos:

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.

Asimismo, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia ha sido muy claro sobre el daño patrimonial como elemento de la responsabilidad fiscal, al respecto, ha indicado lo siguiente:

*“Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal la autoridad competente debe tener en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*

*Ahora bien, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se configura sin perjuicio de otra clase de responsabilidad. Visto el artículo 5.º ejusdem, los elementos de la responsabilidad fiscal son los siguientes:*

*Un daño patrimonial al Estado, entendido como la lesión del patrimonio público por el menoscabo, la disminución, el perjuicio, el detrimento, la pérdida o el deterioro de bienes o recursos públicos y de intereses patrimoniales públicos, generada por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías [...] (Consejo de Estado, 2024, rad. 250002341000 2018 00434 01)”.*

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.

En cuanto a la certeza sobre la existencia del daño patrimonial, la doctrina ha sostenido los siguientes puntos, los cuales conviene analizar detenidamente:

**El daño tampoco puede ser estimado de manera caprichosa, arbitraria o subjetiva, Este debe ser establecido, determinado, definido a través de los métodos, sistemas y procedimientos de análisis fiscal, presupuestal, contable.** Debe estar asistido o precedido de un análisis técnico, peritos o expertos que auxilien al operador fiscal para que no incurra en un error que anule su actuación. Entre el daño y el investigado debe haber una conexión o relación de causalidad y debe corresponder de manera directa a cada imputado, es decir, la individualización o personalización de su gestión o responsabilidad fiscal, frente al eventual daño, ya que no hay responsabilidad generalizada o solidaridad institucional. La responsabilidad y el daño son individuales, no mancomunadas<sup>1</sup>. (Subrayado propio)

Es así que el daño patrimonial se determinara de manera objetiva y respaldado por métodos, sistemas y procedimientos de análisis fiscal, presupuestal y contable. La estimación del daño no puede ser realizada de forma caprichosa, arbitraria o subjetiva. Igualmente, es menester destacar que los estudios previos no son necesariamente de obligatorio cumplimiento, sobre todo cuando se presentan situaciones que no fueron tenidas en cuenta en este,, tal y como lo ha indicado en el Consejo de Estado:

Se ha desestimado, por otra parte, la transgresión al principio de planeación cuando no “pudiera evidenciarse”, desde la fase precontractual, eventuales inconvenientes sobre el derecho de dominio y las condiciones urbanísticas del terreno en el que se desarrollarían los trabajos, que imposibilitarían posteriormente la ejecución del contrato. Y es que, como

<sup>1</sup> Romero, J. E. B. (2012). Responsabilidad y procesos fiscales. Ediciones Nueva Jurídica.

“mandatos de optimización” que son los principios —como el de planeación— estos “ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”<sup>43</sup>. Por ello, en el control judicial de la observancia de los principios, en el que se impone la adopción de una posición conforme a un criterio ético destilado de un contexto histórico y cultural al que se ciñó la voluntad soberana del constituyente y del legislador, la interpretación de los principios debe atender a ese contexto del que emana, así como a las consecuencias prácticas de su aplicación, para satisfacer las expectativas del soberano o del legislador. (Consejo de Estado, 2024, Rad. 17001-23-33-000-2013-00205-01 (62565))

Bajo ese estado de cosas, es evidente que la Contraloría no consideró en su proceso de evaluación la asistencia de expertos técnicos, peritos o especialistas que pudieran proporcionar una opinión imparcial y fundamentada sobre los posibles daños ocasionados. La participación de estos profesionales es esencial para garantizar que no se cometan errores que puedan invalidar las conclusiones de la Contraloría.

Ahora bien, del material demostrativo allegado al plenario, tampoco se observa que se haya producido ningún daño patrimonial al Estado, dado que el daño patrimonial debe cumplir ciertas características, entre ellas, su certeza, y aquí no hay certeza de que ese daño se haya materializado, no hay ninguna prueba que acredite fallas estructurales de la construcción por la supuesta sobreexcavación. Lo que conlleva la no configuración de los elementos *sine qua non* para que se estructure una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, ya que el ente de control evoca supuestas irregularidades en la ejecución del contrato de obra No 4163.001.26.1.582 de 2020, porque supuestamente existió una sobre excavación 1,15m de profundidad de donde debería iniciar la cimentación. No obstante, tales afirmaciones no evidencian daño alguno, pues se reitera, no existe prueba o informe técnico emitido por perito experto que realmente evidencie que dicha “sobre excavación” acarreará un daño a la obra; tampoco se tiene conocimiento de las razones por las cuales el contratista decidió realizar esa “sobre excavación”, no hay que olvidar que muchas veces debido a las dificultades del terreno o por riesgos no previstos en los estudios previos, se deben realizar este tipo de acciones para que no se vea comprometida la obra. Por lo tanto, en la etapa de ejecución del contrato, las partes pueden evidenciar fallas en la planeación y corregirlos, de modo tal que no hay una regla general que permita inferir que se debe seguir indiscutiblemente el estudio de suelos o los estudios previos, sino que dependerá del contexto y de las situaciones que se avizoren al momento de la ejecución del contrato.

Por ello, en el presente asunto no se encuentra acreditado tan siquiera sumariamente la existencia de un daño patrimonial por una mala gestión fiscal de los presuntos responsables, dado que se desconoce y ni siquiera se tiene un mínimo de certeza de que la supuesta sobre excavación haya ocasionado un daño o haya comprometido la estabilidad de la obra.

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

Es de suma importancia ponerle de presente al órgano de control fiscal que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa.

Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

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

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

El código contencioso administrativo establece en su artículo 136, subrogado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, los términos de caducidad de las acciones, que para el caso de la acción de reparación directa, se fija en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Y es este mismo término el que, por la remisión expresa

que hace el artículo 89 de la ley 42 de 1993 a las normas del código contencioso administrativo, y dada la concordancia y afinidad que tiene con la acción de reparación directa, se aplica para el proceso de responsabilidad fiscal".

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**<sup>2</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 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 puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se deben iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandato del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

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

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo."  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta '**una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes**' (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).<sup>3</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

<sup>2</sup> Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

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

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

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

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

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa** (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)<sup>4</sup>

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

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al órgano de control que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsable, identificados como:

- Rodrigo Zamorano Sanclemente, en su calidad de Secretario de Despacho.
- Carlos Andrés Fernández Illera, en su calidad de Profesional Universitario.
- Mónica Andrea Jiménez Valencia, en su calidad de Subsecretaria de Despacho.
- María Margarita Zapata Paredes, en su calidad de Representante legal del contrato de interventoría.
- Carlos Manuel Olarte Martínez, en su calidad de Representante del contrato de obra C&M.

Se debe tener presente que las personas en mención no evidenciaron irregularidad alguna al momento de ejecutarse el contrato, asimismo, no se evidencia que la obra se encontrase comprometida de alguna forma. Igualmente, no se cuenta con informe técnico o prueba pericial que permita determinar que la supuesta “sobre excavación” comprometa de alguna forma la obra. También, no se debe olvidar que se desconoce si las condiciones del terreno, el clima del sector, o cualquier circunstancia no analizada en los estudios previos haya obligado a la supuesta sobre excavación, toda vez que existen factores que se escapan, o no son abordados en los estudios previos, y puede que al momento de ejecutarse la obra se haya optado por dicha opción para poder desarrollar la obra. Por ello, el ente de control no puede pretender que sean estas personas las responsables de un daño que hasta el momento no se encuentra tan siquiera demostrado, asimismo, no puede obviar que posiblemente en cumplimiento de una buena gestión fiscal y para evitar comprometer los bienes públicos, se haya optado por una mayor excavación.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Así las cosas, es necesario que cuando el órgano de control fiscal entre a analizar la conducta de los presuntos responsables, tenga en cuenta estos argumentos para determinar que en esta no se encuentra, ni se enmarca un patrón de conducta doloso o gravemente culposo. Sin embargo, si por alguna razón la Contraloría concedora de este proceso llega a considerar que sus actuaciones contienen 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.

### **C. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL**

Además de encontrarse acreditado en el asunto bajo análisis la ausencia de una conducta dolosa o culposa de los presuntos responsables fiscal y la carencia de un daño patrimonial, se tiene que, adicionalmente, no es posible concretar un nexo de causalidad entre el daño y la conducta que pretende endilgarse a quien la Contraloría señala como presuntos responsables.

Es trascendental traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado sobre el nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad fiscal, sobre todo la importancia de este, así:

En materia de responsabilidad fiscal la Sala estima necesario acudir a los fundamentos que se han ocupado del estudio de la causalidad, por tratarse de una responsabilidad de carácter subjetivo, siendo uno de los elementos constitutivos, como líneas atrás se dijo, el nexo causal, que se entiende como la relación entre el daño al patrimonio público y la conducta activa u omisiva, dolosa o gravemente culposa, de un agente que realiza gestión fiscal. Lo anterior dada la naturaleza de este proceso que es de carácter administrativo, subjetivo, patrimonial y resarcitorio, exigencia que tiene que ver con la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes materia del detrimento en grado de intervención directa o a guisa de contribución. (Consejo de Estado, 2020, Rad. 25000 23 41 000 2013 02566 01)

Es menester resaltar que en el caso concreto no se evidencia que los presuntos responsables del hecho haya intervenido directa o a guisa contribución en el supuesto detrimento, partiendo de que ni siquiera existe prueba alguna de la existencia de un detrimento, y mucho menos su cuantificación. Asimismo, se desconoce la existencia de situaciones no previsibles en los estudios previos que haya exigido la supuesta sobre excavación; igualmente, no se tiene certeza de que el que se haya procedido supuestamente de esa manera, haya generado o buscado ocasionar daño alguno.

Por esta razón, ante la inexistencia inicialmente de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de la presunta responsable, y que ésta haya contribuido para la realización del detrimento patrimonial, 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 proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que **ARCHIVAR** el presente proceso.

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

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse

el auto de apertura dentro del presente trámite por medio del cual se vincula a la compañía aseguradora en calidad de tercero civilmente responsable en virtud de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, el órgano de control omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales de los contratos de seguro. En efecto, el ente de control 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 del 2000.

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

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

[...] 2. Cuando se vinculan...-las aseguradoras- se deben observar las siguientes situaciones:

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

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

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

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

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

**A. AL TENER LA PÓLIZA UNA MODALIDAD DE COBERTURA POR *DESCUBRIMIENTO*, LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165) NO OFRECE COBERTURA TEMPORAL**

La póliza por medio de la cual se vinculó a mi representada fue expedida bajo la modalidad denominada ***descubrimiento***, lo que quiere decir que la expedición del auto de apertura debía hacerse dentro de su vigencia, sin embargo, la póliza no se encontraba vigente para la expedición del auto de apertura y mucho menos se descubrió el supuesto detrimento en vigencia de la póliza.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguradora son las siguientes: ocurrencia, descubrimiento y reclamación o *claims made*. La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente. Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho

dañoso dentro de la vigencia de la póliza. Por último, se tiene que el seguro pactado bajo la modalidad de reclamación o *claims made* opera siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones: que el interesado haya presentado su reclamación dentro de la vigencia de la póliza y, de otro, que los hechos por los que se reclama ocurran dentro del período de vigencia o de retroactividad pactado.

Específicamente la modalidad de cobertura por **descubrimiento** tiene su fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. Con la nombrada norma se introdujo esta nueva figura, cuya finalidad es que la aseguradora indemnice los perjuicios que se descubran en vigencia de la póliza. La respectiva norma establece lo siguiente:

**En el seguro de manejo y riesgos financieros** y en el de responsabilidad la cobertura **podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero**, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años". (negrita adrede) (Negrillas y subrayados por fuera del texto original)

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido de manera muy concreta cuando se debe entender por ocurrido el descubrimiento en los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las diferentes contralorías, indicando que el mismo se genera cuando se expide y notifica el auto de apertura del proceso. Miremos:

En ese sentido, el descubrimiento se da cuando el asegurado se haya enterado de hechos o circunstancias que llevarían a que una persona razonable considerara que ha ocurrido o va a ocurrir una pérdida de las que se encuentran amparadas por el seguro, **lo que se da en el momento en que se da la apertura del proceso de responsabilidad fiscal**. (Consejo de Estado, 2024, rad. 250002341000 2018 00434 01) (Negrillas y subrayados por fuera del texto original)

Ahora bien, analizando el caso concreto, tenemos que la vigencia de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)** se pactó desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 y fue prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024, sin embargo, el auto de apertura No 1900.27.06.25.006 es del 15 de enero de 2025. Esto significa que el supuesto daño patrimonial fue descubierto con posterioridad a la expiración de la vigencia del seguro. Así las cosas, es evidente la falta de cobertura temporal de la misma, inclusive, en el aleatorio evento que la Contraloría entendiera que la cobertura según el condicionado particular de la póliza opera por *claims made*, lo cual no es cierto, pues se reitera que, en este hipotético escenario, la reclamación del evento se produjo por fuera de la vigencia del seguro, habida cuenta que, el auto de apertura y su posterior notificación a la compañía asegurador, datan del 15 de enero de 2025, es decir, por fuera del plazo convenido en el contrato de seguro, el cual culminó el 15 de noviembre de 2024.

Se puede concluir que la póliza de seguro vinculada cuya vigencia abarca desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 16 octubre de 2024 y fue prorrogada hasta el 15 de noviembre de 2024 no ofrece cobertura temporal, pues, el descubrimiento de las supuestas perdidas se realizó posterior a la finalización de la vigencia de la póliza, porque el auto de apertura fue expedido el 15 de enero del 2025, esto es, días después de la finalización del contrato de seguro.

## **B. INEXIGIBILIDAD DE OBLIGACIÓN A CARGO DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO CONVENIDO**

**EN LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3335224026165)**

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el ente de control endilgar a los presuntos responsables. Lo anterior, toda vez que la Contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar que la causación del presunto detrimento patrimonial se deba a una conducta dolosa o culposa de los presuntos responsables, tampoco existe prueba que diera certeza tan siquiera de la existencia de un daño patrimonial. En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Como no se ha realizado el riesgo en los términos del artículo 1072 del C.Co., debe absolverse de toda responsabilidad a la compañía aseguradora.

En términos generales, para que en un contrato de seguro la parte aseguradora desembolse una indemnización, es necesario que se cumpla la condición eventual de la cual depende esta obligación. Esta condición no es otra cosa que el acaecimiento del riesgo asegurable o el siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Como puede evidenciarse, no basta con que se interponga una reclamación o demanda en contra del asegurado para que la aseguradora se vea obligada al reconocimiento de una indemnización a favor de ésta. Además, es necesario que la primera haya incurrido en responsabilidad debidamente acreditada y en los términos o por las causas estipuladas en la póliza contratada. En suma, se requiere que los servidores públicos relacionados en la póliza hayan cometido un acto erróneo. Este conjunto de condiciones es lo que se define como siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado de acuerdo con lo normado en el artículo 1072 del Código de Comercio.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que:

1. Objeto del seguro

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

Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)** entrará a responder, si y solo sí, se causa una pérdida patrimonial al asegurado, por parte de alguno de sus servidores públicos, como consecuencia de actos o hechos no dolosos, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el auto de apertura, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que

efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal. Esto es, no se encuentran acreditados los requisitos enlistados en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de la presunta responsable y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, lo que por sustracción de materia significa, que no se ha realizado el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye que, al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)** que sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a mi procurada. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los investigados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el expediente No **1900.27.06.24.1630**.

**C. FALTA DE COBERTURA RESPECTO DE LOS RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE SEGURO DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3335224026165)**

Ahora bien, en el improbable y remoto caso de que el órgano de control fiscal encuentre que el actuar de quien se tiene por presuntos responsables fiscales fue doloso o gravemente culposo y que se acredite sin lugar a dudas la existencia de un daño patrimonial al Estado, y por lo tanto, se decida declarar la responsabilidad fiscal, se debe tener en cuenta que en las condiciones generales de la póliza de seguro se incluyeron varias exclusiones, que en caso de que se logren acreditar en el presente proceso, dicha póliza no podría verse afectada.

De llegarse a configurar alguna situación excluida de cobertura, no se generará obligación alguna en contra de mi representada. Es importante recordar que en materia de seguros, el asegurador, según el artículo 1056 del C. de Co. “[...] podrá, a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés asegurado o la cosa asegurados [...]”, por lo tanto, es en el conjunto de las condiciones que contiene el respectivo contrato donde se determinan o delimitan contractualmente los riesgos, su alcance o extensión, el ámbito temporal y geográfico en el que el amparo opera o es efectivo, las causales de exclusión o en general las de exoneración, además de las de origen legal, etc., y por tanto, son esos los parámetros a los que tiene que sujetarse el órgano de control fiscal al resolver cualquier pretensión que se base en la correspondiente póliza.

Es pertinente entonces tener presente que, entre los elementos esenciales del contrato de seguro, está el de la obligación condicional del asegurador (Art. 1045 C. Co.), cuál es la de indemnizar y que ella sólo nace con el cumplimiento de esa condición suspensiva (Art. 1536 C.C.), al realizarse el riesgo asegurado que se ha estipulado, con las restricciones legales (Art. 1054 C. Co.).

Es importante tener en cuenta que las obligaciones del asegurador están determinadas por las condiciones de la póliza, por lo tanto, el órgano de control debe basarse en lo establecido en dichas condiciones generales y particulares del contrato de seguro. Es fundamental recordar que el contrato de seguro implica una obligación condicional por parte del asegurador, es decir, la obligación de indemnizar una vez que ha ocurrido el riesgo asegurado (Artículos 1045, 1536 y 1054

del Código de Comercio). En consecuencia, si durante el proceso se prueba una excepción válida, la compañía aseguradora quedará eximida de cualquier obligación de indemnización.

Así, con fundamento en el condicionado general y particular de la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)** tenemos que se pactaron unas series de exclusiones, tal y como se puede apreciar en la página 9 del clausulado particular:

Riesgos excluidos

En materia de riesgos excluidos el DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI acepta únicamente los expresamente mencionados como exclusiones absolutas de cobertura las que figuran en el texto del condicionado general depositado por la Aseguradora en la Superintendencia Financiera con anterioridad no inferior a quince (15) días hábiles al cierre del proceso y la Exclusión por COVID-19. Serán válidas las exclusiones relativas consignadas en los mencionados condicionados generales solo cuando no contradigan las condiciones técnicas básicas habilitantes del presente proceso, en cuyo caso prevalecerán las condiciones técnicas básicas habilitantes.

Aunado a esto, deberá aplicarse igualmente los riesgos excluidos del clausulado general, teniendo presente que dicho clausulado hace parte íntegra del contrato de seguro celebrado. Al respecto, resulta pertinente analizar la exclusión 2.1. que se encuentra en la página 2 del clausulado general en mención, y que reza:

2.1. NO DESCUBIERTAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA Y AQUELLAS OCURRIDAS ANTES DE LA FECHA DE INICIACIÓN DEL AMPARO RETROACTIVO,

Nótese que en el presente caso, se descubrió el siniestro por fuera de la vigencia de la póliza, es por ello, que incluso el condicionado general es claro al establecer que no ofrece cobertura.

En el evento en que los hechos investigados sean objeto de alguna otra exclusión, deberá reconocerse por el órgano de control fiscal y aplicar los efectos jurídicos correspondientes, esto es, que no podrá existir obligación indemnizatoria a cargo de la compañía aseguradora, como quiera que tal riesgo estaba expresamente excluido.

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

En el remoto e improbable evento en el que el órgano de control considere que la póliza que hoy nos ocupa, sí presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, que sí se realizó el riesgo asegurado y que, en este sentido, sí ha nacido a la vida jurídica la obligación condicional de la aseguradora, exclusivamente bajo esta hipótesis, el ente de control deberá tener en cuenta entonces que no se podrá condenar a mi poderdante al pago de una suma mayor a la asegurada, incluso si se lograra demostrar que los presuntos daños reclamados son superiores. Por supuesto, sin que esta consideración constituya aceptación de responsabilidad alguna a cargo de mi representada.

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

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

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

Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización<sup>5</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:

| AMPAROS Y COBERTURAS      |                     |                     |                  |
|---------------------------|---------------------|---------------------|------------------|
| DESCRIPCION               |                     | SUMA ASEGURABLE     |                  |
| DINEROS Y TITULOS VALORES |                     | \$                  | 1,000,000,000.00 |
| COBERTURAS                | VALOR ASEGURABLE    | VALOR ASEGURADO     | SUBLIMITE        |
| (1119) MANEJO             | \$ 1,000,000,000.00 | \$ 1,000,000,000.00 | \$ 0.00          |

No está demás aclarar que el porcentaje aceptado por mi representada es del 19%, por lo que el valor asegurado específicamente por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, consignado en el amparo de manejo oficial y que se evidencia en el contenido del **certificado interno No 3335224026165**, es el siguiente:

| COBERTURAS   | VALOR ASEGURADO | DEDUCIBLE               |
|--|-----------------|-------------------------|
| Infidelidad de Empleados                             | \$ 0.00         | \$ 190.000.000,00       |
| Delitos Contra la Administración Pública             | \$ 0.00         | NO APLICA               |
| Perdida empleados no identificados                   | \$ 0.00         | NO APLICA               |
| Empleados Temporales y/o Firma Especializada         | \$ 0.00         | 20 % PERD Min 2 (SMMLV) |
| Gastos de Reconstrucción cuentas y alcances fiscales | \$ 0.00         | NO APLICA               |
|  |                 | 20 % PERD Min 2 (SMMLV) |

Por tanto, en el remotísimo evento en el que se encuentre configurada la responsabilidad fiscal de la presunta responsable y se decida afectar la póliza mediante la cual fue vinculada mi procurada al presente proceso de responsabilidad fiscal, no se debe olvidar que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, solo estará obligada a responder hasta el límite del valor asegurado en el respectivo contrato de seguro, esto es, la suma de **\$190.000.000 Pesos M/cte**, monto que resulta de su participación porcentual de acuerdo al coaseguro aceptado (19%).

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

**E. COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD CONTENIDA EN LA PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (CERTIFICADO INTERNO No 3335224026165)**

La póliza utilizada como fundamento para vincular a mi representada como tercero civilmente responsable, revela que la misma fue tomada por el **DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI** bajo la figura del coaseguro, por consiguiente, mi representada solamente debe responder hasta el porcentaje pactado dentro del contrato y no de manera solidaria con las coaseguradoras.

El artículo 1092 del Código de Comercio, al respecto, 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 *“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, tal como ha sido señalado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 26 de enero de 2022, que reza: *“Es claro para la Sala que las obligaciones que asumen las coaseguradoras son conjuntas en proporción al porcentaje de riesgo aceptado por cada una de ellas y no existe en este caso solidaridad legal ni contractual entre ellas[...]*” (Consejo de Estado, 2022, 25000232600020110122201 (50.698)).

Una vez detallada la **Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**, se puede evidenciar que en la misma se pactó la modalidad de coaseguro, distribuyéndose el riesgo entre las siguientes compañías: **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA (19.00%)**, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (12.00%)**, **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. (32.00%)**, y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. (17.00%)**.

En ese sentido, existiendo un coaseguro, es decir, estando distribuido el riesgo entre mi representada y las compañías de seguros mencionadas, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes señalado, pues de ninguna manera puede predicarse una solidaria entre ellas. Por lo anterior, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, únicamente podrá responder hasta el **19%**.

En conclusión, existiendo coaseguro, de acuerdo con el cual cada aseguradora asumió el porcentaje arriba señalado, se destaca que ni siquiera en el improbable caso de que fuera viable afectar el contrato de seguro mediante el cual fue vinculada mi prohijada, podría condenársele por lo que le corresponde a las otras coaseguradoras. Lo anterior, como quiera que en el coaseguro las compañías aseguradoras no son solidarias, 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. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO**

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

**G. SUBROGACIÓN**

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento que **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA (19.00%)** realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del C.Co.

En atención a todo lo expuesto, solicito:

**IV. PETICIONES**

**PRIMERO:** Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el número radicado **1900.27.06.24.1630** que cursa actualmente en **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI-DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

**SEGUNDO:** Adicionalmente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de la compañía, **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la **PÓLIZA DE SEGUROS DE MODULAR COMERCIAL No. 1000074 (certificado interno No 3335224026165)**, no cuenta con cobertura temporal por las razones antes expuestas para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número radicado **1900.27.06.24.1630**, que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI-DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL**.

Subsidiariamente:

- A.** 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 disponibilidad del valor asegurado, las exclusiones pactadas y el porcentaje de participación por el coaseguro aceptado (19%).

**V. MEDIOS DE PRUEBA**

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

**1. DOCUMENTALES**

- Certificado de existencia y representación legal de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, documento en el que se constata que el suscrito ostenta la calidad de apoderado general de la compañía.
- Copia de la carátula, el condicionado particular y general de la **PÓLIZA DE SEGURO DE MANEJO GLOBAL No 3335224026165**, vigente del 29 de febrero de 2024 hasta el 15 de noviembre de 2024, la cual se expidió en virtud de la Póliza Líder No 1000074.

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

**VI. NOTIFICACIONES**

A mi poderdante y el suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35 N – 100 Oficina 212 Edificio Centro Empresarial Chipchape en la ciudad de Cali y al correo electrónico: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

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.