Bogotá, 19 de enero de 2024

Dra. Marcela Reyes Mossos.

**ASUNTO:** Análisis jurídico posibilidad de interposición del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el fallo N°006 del 09 de agosto de 2023, el auto N°URF2-1320 del 10 de octubre de 2023 y demás actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal N°PRF-2019-00191.

Apreciada Dra.

Respetuosamente, procedemos a realizar el análisis conclusivo respecto a la viabilidad de interposición del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el fallo N°006 del 09 de agosto de 2023, el auto N°URF2-1320 del 10 de octubre de 2023 y demás actos administrativos proferidos dentro del proceso de responsabilidad fiscal N°PRF-2019-00191.

En primer lugar, es necesario resaltar que no ha operado la caducidad de la acción fiscal en el caso específico, ya que los eventos que motivaron el inicio de la actuación fiscal, los cuales poseen una naturaleza de tracto sucesivo, concluyeron con la emisión del comprobante de egreso N°13409 el **02 de diciembre de 2014**. En otras palabras, a partir de dicha fecha, la entidad de control disponía de un plazo de 5 años desde la ocurrencia de los hechos para emitir el auto de apertura, término que expiró el **02 de diciembre de 2019**. Sin embargo, a pesar de este plazo establecido, el auto de apertura fue emitido el **28 de febrero de 2019**, dejando un margen de 8 meses antes de la eventual configuración de la caducidad.

Ahora bien, al analizar la caducidad de la acción fiscal, es fundamental reconocer que esta se aplica de manera general y no particular, puesto que su finalidad es garantizar la seguridad jurídica en beneficio del interés general. La caducidad surge como un mecanismo legal para los casos de actos, hechos, omisiones u operaciones que se presume han causado un detrimento al patrimonio del Estado. Bajo esta premisa, las contralorías están obligadas a iniciar el proceso de fiscalización dentro de un período máximo de 5 años contados a partir de la ocurrencia de estos eventos. De no hacerlo en este lapso, la acción fiscal deviene ineficaz y, por ende, se procederá a su archivo.

Es importante también destacar que la vinculación de las compañías aseguradoras en estos procesos se da en calidad de terceros civilmente responsables, pero no como responsables fiscales. Esto significa que su participación se orienta a responder por posibles perjuicios de índole civil, sin que ello implique una responsabilidad directa en el aspecto fiscal del asunto en cuestión.

En virtud de lo expuesto, el enfoque de nuestro análisis se centra en los siguientes aspectos: (i) No se configuró la caducidad de la acción fiscal, (ii) Operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en atención a lo dispuesto en el art. 120 de la Ley 1474 de 2011, (iii) Los hechos objeto de la acción fiscal son ciertos e inasegurables a la luz del art. 1054 del Código de Comercio, (iv) Inexistencia de cobertura temporal de la póliza N°435-64-994000000499, (v) Violación al principio indemnizatorio, (vi) Enriquecimiento sin justa causa e (vii) Incongruencia entre lo fallado y el valor del presunto detrimento patrimonial.

Con base en los aspectos que serán abordados, resulta procedente la justificación de la presentación del medio de control de Nulidad y Restablecimiento contra el fallo N°006 emitido el 09 de agosto de 2023, el auto N°URF2-1320 fechado el 10 de octubre de 2023 ejecutoriado el 02 de noviembre de 2023, así como respecto a cualquier otro acto administrativo dictado en el marco del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el número PRF-2019-00191. Cabe precisar, en este contexto, que la caducidad del medio de control se materializa el **02 de marzo de 2024.**

1. **En lo referente a la improcedencia de configuración de caducidad de la acción fiscal.**

Para comprender adecuadamente el marco de la caducidad en el ámbito fiscal, es fundamental reconocer que su aplicación es de carácter general y no particular, orientada a salvaguardar la seguridad jurídica en interés de la colectividad. La caducidad se activa en situaciones involucrando actos, hechos, omisiones u operaciones que se presume han perjudicado el patrimonio estatal. En este sentido, recae sobre las contralorías la obligación de iniciar los procedimientos pertinentes en un plazo no mayor a cinco años desde la ocurrencia de estos eventos, bajo el riesgo de que la acción fiscal se torne ineficaz y, como consecuencia, sea objeto de archivo.

Además, es importante subrayar que la implicación de las compañías aseguradoras en estos procesos se limita a su rol como terceros civilmente responsables, sin asumir una responsabilidad fiscal directa. Por lo tanto, al abordar la cuestión de la caducidad, resulta esencial considerar la jurisprudencia relevante que ilustra este tópico.

La Corte Constitucional, a través de diversos pronunciamientos ha dejado claro, que el término de los 5 años es analizado respecto a aquellos actos, hechos, omisiones u operaciones, es decir, se contabiliza desde la ocurrencia de los mismos hasta la fecha en la que se apertura el proceso, evidenciándose, que no se toma en consideración, vinculación por vinculación, de forma individual, sino que se aplica de manera general a partir de las circunstancias que generan un detrimento al Estado.

*“Para los efectos que se dejan anotados, la Corporación entendió que “el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley”, e implica “la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción[[1]](#footnote-1)*” *(Cursiva fuera del texto original)*

En consecuencia, y conforme a diversa jurisprudencia al respecto que concuerda con que los límites temporales de la acción fiscal, entendidos como aquellos que permiten seguridad jurídica del interés general, más no particular de aquellos que sean involucrados a la acción, evidencia que este término se contabiliza para el auto de apertura de la acción fiscal en general y no respecto de las vinculaciones que se realizan al proceso, término que se contabiliza a partir de la ocurrencia de los hechos objeto de la acción fiscal, puesto que a la luz de dicha sentencia, lo lógico es que la acción se ejerza en el término establecido, por lo que las vinculaciones terminan siendo parte del proceso pero no del conteo de caducidad de la acción.

Se resalta y concluye que en el caso en concreto los hechos corresponden al 02 de diciembre de 2014 y que el auto de apertura fue proferido el 28 de febrero de 2019, no operó tal fenómeno jurídico, así que dicho argumento no puede ser objeto de controversia en la interposición del eventual medio de control. Se aclara que jurisprudencialmente no se ha manifestado nada en relación con la caducidad enfocada en las vinculaciones individuales que se realizan al interior de los procesos de responsabilidad fiscal.

1. **Configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro a la luz del art. 120 de la Ley 1474 de 2011.**

En el caso en cuestión, se ha configurado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011. Esta conclusión se fundamenta en que el lapso transcurrido desde la ocurrencia y/o conocimiento de los hechos hasta la emisión del fallo que establece la responsabilidad fiscal, superó el período de cinco (5) años establecido por la normativa mencionada. Dicha prescripción afecta directamente a las acciones derivadas del contrato de seguro reflejado en la póliza de manejo del sector oficial N°435-64-994000000499.

Al respecto cabe señalar que la contraloría tuvo conocimiento de los hechos objeto de la acción fiscal el 01 de febrero de 2018, cuando se efectuó el traslado del hallazgo. No obstante, no fue hasta el 09 de agosto de 2023, es decir, 5 años y 6 meses después de adquirido dicho conocimiento, que se dictó un fallo con responsabilidad fiscal declarando civilmente responsable a la Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. Demora que, al superar el plazo legalmente establecido, da lugar a la prescripción de las acciones derivadas del mencionado contrato de seguro.

Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

*“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que se puede generar con ocasión del incumplimiento de las obligaciones de un contrato. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”*[[2]](#footnote-2)*(Negrilla fuera del texto original).*

Adicional a lo anterior, debe considerarse que el Consejo de Estado ha mantenido una sólida y pacífica jurisprudencia con respecto a los extremos temporales en que se debe contabilizar el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, tratándose de la responsabilidad fiscal. Así las cosas, dicho término se cuenta a partir de la ocurrencia de los hechos y/o el conocimiento de los mismos por parte del ente de control fiscal, hasta que se profiera fallo ejecutoriado de responsabilidad fiscal, tal y como se indicó en los siguientes términos:

*“Teniendo en cuenta el hecho de que la acción fiscal difiere de la originada del contrato, según lo definido por la jurisprudencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; se observa que: i) la parte demandada tuvo conocimiento del siniestro el 10 de marzo de 2011, fecha en que ordenó abrir el proceso de responsabilidad fiscal; es decir, el siniestro se produjo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011; en consecuencia: ii) atendiendo el plazo de 2 años con que contaba, con el fin de decidir, mediante decisión ejecutoriada, el procedimiento citado supra, tenía hasta el 10 de marzo de 2013 para tal efecto; de manera que: iii) como mediante la Resolución núm. 623 de 11 de octubre de 2011, la parte demandada decidió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, decisión que se notificó mediante edicto desfijado el 24 de noviembre de 2011, es evidente que en el caso objeto de estudio, no operó el fenómeno de la prescripción, motivo por el cual, es este aspecto, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no está llamado a prosperar”[[3]](#footnote-3).*

En otra oportunidad, se señaló:

*“En ese orden, se observa que el acto administrativo objeto del sub lite tuvo como motivos o causa, hechos y conductas que se dieron de manera reiterada o repetida hasta 2001, pero la póliza tuvo vigencia hasta 1º de mayo de 1998, por lo tanto sólo procede considerar los hechos que tuvieron ocurrencia hasta esa fecha, y así se precisó en dicho acto administrativo al decirse en el fallo de responsabilidad fiscal que “las obligaciones que se encuentran por fuera de la fecha de vigencia de la garantía, serán excluidas de la presente providencia por cuanto como lo expone el apoderado de la Aseguradora no se encuentran afianzados por esta”.*

*De modo que para contar la prescripción planteada, se ha de empezar a contar el término a partir de esa fecha, asumiendo que en ella ocurrió el último acto o hecho por el cual procedía vincular a la actora al proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio y que en esa fecha la entidad apelante debió conocerlo por su carácter de órgano vigilante del manejo de los recursos y bienes del Estado, más cuando las irregularidades investigadas fueron tan abundantes, de bulto y extendidas en el tiempo, como quiera que se dieron durante todo el tiempo de vigencia de la póliza y hasta mucho después de ello, así como de tal gravedad y conocimiento público según se describen en la motivación del acto acusado, que no se puede menos que pensar que como órgano de control fiscal pudo tener conocimiento de ellas en un contexto de la diligencia y cuidado que se espera de todo ente de control en el ejercicio de sus funciones, en especial por la trascendencia que tienen para el bien común y el interés general.*

*Para ese fin, se tiene que el acto que declaró civilmente responsable a la actora, fallo de 22 de julio 2003, le fue notificado a ella el 2 de septiembre de 2003, que confrontado con la fecha atrás indicada (1º de mayo de 1998), pone de presente que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del C. Co. se había vencido con creces, como quiera que habían transcurrido más de cinco (5) años cuando se produjo dicha notificación”[[4]](#footnote-4).*

Como se observa, para contabilizar el término prescriptivo de que trata el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011, se debe tener en cuenta la ocurrencia de los hechos, el conocimiento de los mismos y/o si se trata de un hecho continuado, la última fecha de vigencia de la póliza hasta la fecha de expedición y/o notificación del fallo con responsabilidad fiscal, mediante el cual se declara civilmente responsable a la aseguradora.

Aterrizando lo anterior al caso concreto, vemos que la Contraloría tuvo conocimiento de los hechos el 01 de febrero de 2018, cuando se trasladó el hallazgo, hechos que correspondieron a unos de tracto sucesivo acaeciendo el último el 02 de febrero de 2014, fecha del último comprobante de egreso, esto es el N°13409 y, por otro lado, el fallo con responsabilidad fiscal se expidió hasta el 09 de agosto de 2023, es decir, habiendo transcurrido cinco (5) años, y 6 meses después de tener conocimiento de los mismos, lo que hace evidente la configuración de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

En conclusión, a pesar de que debería ser claro para el ente de control, alegar la prescripción desde la ocurrencia del hecho y no desde que se profiere el auto de apertura, es un argumento enteramente eventual y contingente.

1. **Falta de cobertura temporal de la Póliza Seguro Manejo Sector Oficial N°435-64-994000000499.**

En línea con lo anteriormente expuesto, es evidente la falta de cobertura de la póliza a la luz de los hechos narrados por la Contraloría como los generadores del detrimento patrimonial, ello, por cuanto el ente de control señaló desde el auto de apertura y hasta la confirmación del fallo en grado jurisdiccional de consulta, que la acción fiscal derivó de hechos de tracto sucesivo que finalizaron con el comprobante de egreso N°13409 del 02 de diciembre de 2014, es decir, ese fue el extremo temporal desde el cual se contabilizó la caducidad de la acción fiscal, lo que demostraría la evidente falta de cobertura de la póliza N°435-64-994000000499, cuya vigencia fue desde el 21 de mayo de 2016 hasta el 21 de mayo de 2017, tal y como se establece en la carátula de la póliza:



Conforme a lo anterior, resulta evidente la falta de cobertura temporal actual de la póliza para amparar fallos con responsabilidad fiscal, ello, por cuanto claramente los hechos objeto de reproche acaecieron mucho antes de la entrada en vigor de la póliza, es decir, son hechos ciertos e inasegurables a la luz del art. 1054 del código de comercio.

Al respecto, es importante traer a colación una sentencia del Consejo de Estado que aclara la importancia de los límites temporales de la póliza, a efectos de su afectación o la declaratoria del siniestro:

*“32. Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de la mayor importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción,* ***puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales****. Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece que “Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.* ***Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro****”.*

*33. De acuerdo con lo anterior,* ***el legislador sólo concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza****. Como lo sostuvo la Sala, “Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley”[[5]](#footnote-5)*

Como se observa, el Tribunal de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo es claro en advertir que la obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora sólo se configura en caso de que el siniestro se haya presentado dentro de la vigencia pactada y, es por tal razón, que la norma exige que la póliza tenga una vigencia desde el inicio del plazo contractual hasta su finalización, precisamente con el fin de no dejar desprotegido el patrimonio público durante el lapso de ejecución contractual.

Bajo esta lógica, si los hechos que dieron origen a la declaratoria de siniestro tuvieron lugar el 02 de diciembre de 2014 y la vigencia de la póliza se inició a penas hasta el 21 de mayo de 2016, es evidente la falta de cobertura temporal de la misma.

Además, de forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho no tuvo en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al contrato de seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal. En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el «*suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*» y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo. Adicionalmente, la norma legal mencionada determina que hay aspectos que no constituyen riesgos y, por tanto, son extraños al contrato de seguro, tales aspectos son: (i) Los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

Por lo anterior y para concluir, no hay lugar a duda que el supuesto siniestro, entendido este como el incumplimiento de la disposición legal, ocurrió antes de que entrara en vigor la póliza N°435-64-994000000499, como quiera que el último hecho, esto es el comprobante de egreso N°13409 del 02 de diciembre de 2014, ocurrió antes de la entrada en vigor de la póliza, es decir, se trataba de un hecho cierto y en tal virtud, inasegurable por mandato legal.

1. **Violación al principio indemnizatorio:**

# En el presente asunto se pretendió la afectación de dos pólizas por un monto superior al valor del detrimento patrimonial que señaló el despacho, lo cual, claramente es una violación al principio indemnizatorio, en tanto, si bien, el despacho persigue resarcir un perjuicio, debe tener total claridad respecto al contrato de seguro que pretende afectar, así como de la suma. Por ende, no es viable, que cuando existe solo un detrimento que asciende a la suma de $226.526.273,7,suma debidamente indexada a través de la confirmación al fallo N°006 que se surtió en grado jurisdiccional de consulta, se pretenda la afectación de la póliza N° 30 GU109102 expedida por la Aseguradora de Fianzas Confianza por valor de $207.641.221, y la póliza N° 435-64-994000000499 que claramente no presta cobertura temporal, por la suma de $ 77.460.256, en tanto, las dos suman un total de $285.101.477, generando dicha situación un enriquecimiento sin justa causa, así como una violación al principio indemnizatorio de mí representada.

# En tal sentido, es preciso traer a colación la liquidación que la Contraloría realizó frente a cada compañía:

# Aseguradora de Fianzas Confianza:

#

# Aseguradora Solidaria de Colombia:

# Texto  Descripción generada automáticamente

# Con lo anterior, se evidencia que si Confianza efectuó un pago de $149.066.017, descontando los $77.460.257 de Solidaria, incurrió en error, por cuanto la liquidación para dicha compañía fue de $207.641.221.

# En virtud de lo anterior, y con la liquidación realizada por la Contraloría en el fallo N°006 del 09 de agosto de 2023, confirmado en grado jurisdiccional de consulta, causa un enriquecimiento injustificado, puesto que esa liquidación sobrepasa el valor del detrimento por $58.578.204.

# En tal sentido, es preciso traer a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) que desde el año 1997 ha establecido lo siguiente:

*“Mientras más grande sea la cantidad de riesgos contractualmente asegurados en un ramo, más certeza tendrá el asegurador de que la siniestralidad se acerque al nivel proyectado.* ***Este principio básico, complementado con el de la probabilidad estadística, explica por qué la empresa de seguros se dedica a una operación razonablemente técnica y no a una serie irresponsable de apuestas, sometidas al capricho del azar. La empresa aseguradora, para no caer en un negocio aleatorio absoluto, requiere de una producción masiva, la cual -fuera de nutrir el capital con el que se pagarán los siniestros- posibilita el funcionamiento del cálculo de probabilidades y de la ley de los grandes números****. Así, el asegurador desplazará el ámbito del azar de la totalidad de un ramo determinado, a cada uno de los riesgos asumidos, individualmente considerados”. (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

# Es por lo anterior, por lo que, claramente, es inadmisible que se llame a responder por un solo detrimento desde pólizas distintas, sobrepasando el límite del detrimento patrimonial, máxime cuando la póliza N°435-64-994000000499 no presta cobertura temporal. Lo anterior, denota que la Contraloría no realizó un estudio acucioso y ello la llevó a incurrir en error incluso en la liquidación realizada.

Dicho esto, es preciso advertir que, si bien el contrato de seguro en su génesis contiene un carácter indemnizatorio, el mismo no puede confundirse con una fuente de enriquecimiento, entre tanto su límite no podrá superar igualmente el valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio:

***“ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>.****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.*

***ARTÍCULO 1089. <LIMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>.****Dentro de los límites indicados en el artículo*[*1079*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr033.html#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… (…)”*

Ante lo anterior, es claro señalar que, si se afectan las pólizas, por los valores liquidados por el despacho, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad afectada, siendo que, además, se evidenciaría que tales pólizas se convertirían en una fuente de enriquecimiento, lo que a todas luces desconoce abiertamente los artículos 1088 y 1089 del código de comercio, al exceder el valor del presunto detrimento.

Aquí, en este punto es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 1103 del código de comercio que impone al asegurado el soporte de una cuota al momento de la pérdida, y señala lo siguiente:

*La cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.*

Sumado a ello a través del sitio web de Colombia Compra Eficiente, se aterrizó dicho concepto de la siguiente manera:

*Sublímites por evento (siniestro): En la póliza se fija un valor asegurado que operará para toda la vigencia de la póliza, y se fija un sublímite por evento (siniestro). Esta forma de sublimitar el valor asegurado es útil en los casos que es esperable que para una misma vigencia del seguro se pueda presentar más de un siniestro, pues garantiza que el límite del valor asegurado no se agotará con el primer evento.*

Situación que fue desconocida por la Contraloría, ya que asumió que el valor que aparecía en la carátula era el asegurado, es decir $100.000.000, omitiendo que el límite por evento para el amparo básico correspondía a la suma de $50.000.000. En atención a lo anterior, se resalta que aunque no es una póliza de responsabilidad civil extracontractual, claramente las pólizas de manejo al amparar fallos con responsabilidad fiscal, están involucradas en diversos procesos, así que dicho sublímite permite garantizar el límite del valor asegurado, sin que este sea agotado en el primer evento.

1. **Enriquecimiento sin justa causa:**

Corolario a lo anterior, se evidencia que el fallo con responsabilidad fiscal y el auto que confirmó en grado jurisdiccional de consulta, aceptando la liquidación realizada por la Contraloría, la cual asciende a $285.101.477, genera abiertamente un enriquecimiento sin justa causa a favor de la entidad afectada, por cuanto, el presunto detrimento asciende a la suma de $226.526.273,7, es decir, no es razonable que se solicite una suma que sobrepasa el detrimento, puesto que dicha situación, no tendría un fin de resarcimiento, sino contrario a ello de enriquecimiento injustificado, sin fundamento jurídico alguno.

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 2010[[7]](#footnote-7), advirtió lo siguiente:

*“Como es sabido, la institución jurídica del enriquecimiento injusto o ilegítimo como también suele denominarse ha sido estructurada paulatinamente por la jurisprudencia y la doctrina sobre la base de los principios heterogéneos de equidad y justicia, teniendo su origen remoto en el derecho romano a pesar de que en aquella época no era reconocido propiamente como principio general, contrario a lo que sucede hoy en día en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. La esencia del enriquecimiento injusto radica en el desplazamiento de riqueza dentro de la acepción más amplia del concepto a otro patrimonio sin que medie causa jurídica, de manera que se experimenta el acrecentamiento de un patrimonio a costa del menoscabo de otro, aun cuando en término monetarios no siempre se vea reflejado. (Negrilla y cursiva fuera del texto original).*

Por tal motivo, ante lo anteriormente plasmado, se evidencia que el solicitar una suma superior al valor del detrimento, generaría directamente un enriquecimiento injustificado, por cuanto, de un lado, se estaría incrementando sin fundamento jurídico alguno la suma fijada como detrimento al erario público, y de otro, se generaría un empobrecimiento para mí representada, dado que como bien lo sabe este despacho, la póliza no solo atiende a un proceso de responsabilidad fiscal, sino que puede ser vinculada en virtud de otros, en los que, si existiere motivos para fallar con responsabilidad fiscal, agotaría la suma asegurada, reitero, injustificadamente, máxime siendo una póliza que inició vigencia 2 años después de la ocurrencia de los hechos objeto de la acción fiscal.

*“Retomando los planteamientos generales, resulta pertinente señalar que en nuestro ordenamiento jurídico el principio material fue positivizado como fuente de obligaciones por el artículo 831 del Código de Comercio, no obstante, de tiempo atrás el principio no escrito fue estructurado como regla general de derecho y, por ende, aplicable con fuerza de ley con fundamento en lo dispuesto por el artículo 8 de la ley 153 de 1887 que dispone: “Cuando no exista ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Precisamente, antes de que el principio general fuera consagrado en nuestro ordenamiento positivo como fuente autónoma de obligaciones, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre las condiciones en la cuales opera la actio de in rem verso cuando la regla de derecho ha sido quebrantada, aludiendo al precepto contenido en el artículo 8º de la ley 153 de 1887: “ (Negrilla y cursiva fuera del texto original)*

En conclusión, es sumamente importante que alegar este aspecto en el eventual medio de control que se interponga, puesto que como se evidencia de lo anteriormente narrado, el hecho de fijar una suma que sobre pasa el límite del valor fijado como detrimento patrimonial, causaría un enriquecimiento injustificado.

1. **Incongruencia entre el valor del detrimento patrimonial y el fallo N°006 de 2023.**

El despacho cometió un yerro en la parte resolutiva del auto N°006 del 09 de agosto de 2023, por cuanto, la liquidación realizada con motivo al presunto detrimento patrimonial excede el valor real del detrimento, ello de conformidad con lo señalado en el argumento que antecede.

En tal sentido, el consejo de Estado, mediante sentencia del 2017[[8]](#footnote-8), se refirió al principio de congruencia en los siguientes términos:

*“****El principio de congruencia se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita)****, y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión”. (Negrilla y cursiva fuera del texto original)*

En tal sentido, resulta contrario y equívoco, que el despacho teniendo claro que el detrimento patrimonial causado fue la suma de $226.526.273,7, pretenda un resarcimiento por valor de $285.101.477, en tanto, dicha sumatoria generaría una suma superior a la presuntamente causada, es decir, el despacho mediante el auto de imputación en la forma que lo estructuró, está fallando ultra petita.

*“****Conforme a lo expuesto, en la sentencia que decida el proceso debe hacerse una motivación breve y precisa de las razones legales, constitucionales y doctrinales, si fuere el caso, indicando las disposiciones aplicadas, así como un examen profundo de las pruebas aportadas y las conclusiones que sobre ellas se hagan****, para establecer si se concede o no el derecho pretendido, agregando, para el caso de las sentencias proferidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que a efectos de restablecer el derecho particular vulnerado o violado se podrán adoptar disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, o modificarlas o reformarlas.* ***De igual forma, dicha providencia deberá producirse de acuerdo con los hechos y pretensiones indicados en el libelo demandatorio, así como con las excepciones que sean planteadas por la contraparte o aquellas que resulten debidamente probadas en el transcurso del trámite judicial****, a fin de poder condenar al extremo demandado por el objeto solicitado y con base en la causa expuesta en ella”*. (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

En conclusión, existe incongruencia al fallar reconociendo una suma como la equivalente al detrimento patrimonial causado al erario público, y afectando las pólizas de las siguiente manera: Póliza N° 30 GU109102 expedida por la Aseguradora de Fianzas Confianza por valor de $207.641.221, y la póliza N° 435-64-994000000499 por la suma de $ 77.460.256, en tanto dicha sumatoria da un total de $285.101.477.

**Conclusiones.**

En tal sentido, y conforme al análisis realizado a las actuaciones surtidas dentro del proceso de responsabilidad fiscal N° PRF-2019-00191, existen una serie de argumentos para señalar la violación al debido proceso y consecuentemente a los derechos de contradicción y defensa de Aseguradora Solidaria de Colombia, en tanto (i) Operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en atención a lo dispuesto en el art. 120 de la Ley 1474 de 2011, (ii) Los hechos objeto de la acción fiscal son ciertos e inasegurables a la luz del art. 1054 del Código de Comercio, (iii) Inexistencia de cobertura temporal de la póliza N°435-64-994000000499, (iv) Violación al principio indemnizatorio, (v) Enriquecimiento sin justa causa e (vi) Incongruencia entre lo fallado y el valor del presunto detrimento patrimonial.

En consecuencia, la viabilidad de impetrar el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se presenta como una alternativa jurídica fundamentada. Este mecanismo permitiría cuestionar la validez de las resoluciones y salvaguardar los derechos de la compañía, resaltando la importancia de abordar las deficiencias procesales y garantizar el apego de la administración a los principios fundamentales del debido proceso en el ámbito administrativo.

Lo anterior se plantea sin menoscabo del carácter contingente del proceso judicial y la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos impugnados, así como de sus efectos obligacionales, en caso de determinarse la viabilidad de emprender la acción correspondiente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como fecha de caducidad del del medio de control, se establece el **02 de marzo de 2024.**

Quedamos atentos a sus valiosos comentarios.

Cordialmente,

# GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

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

1. Corte Constitucional, Sentencia C-836/13, expediente D-9607, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 20 de noviembre de 2013. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 23001-23-31-000-2012-00358-01 del 19 de noviembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez. [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00529-01 del 18 de marzo de 2010, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. 25472 del 19 de junio de 2013, C.P.Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Sentencia C-232/97, Magistrado ponente Dr. Jorge Arango Mejía, expediente D-1485, 15 de mayo de 1997. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, consejera Ponente Dra. Gladys Agudelo Ordoñez, radicado: 250002326000200300616, 26 de mayo de 2010. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortés, radicación: 25000-23-42-000-2014-01139-01(2458-15), 26 de octubre de 2017. [↑](#footnote-ref-8)