

SEÑORES:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GRUPO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

oiperilla@contraloria.gov.co

cgr@contraloria.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA:

DESCARGOS AUTO DE IMPUTACIÓN No. URF1-0070
DEL 22 DE FEBRERO DE 2024

PROCESO:

PRF-2019-00290

ENTIDAD AFECTADA:

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y
CARCELARIO – INPEC EPAMS LA DORADA CALDAS

PRESUNTOS RESPONSABLES:

JORGE LUIS RAMÍREZ ARAGÓN Y OTROS

TERCERO VINCULADO:

ALLIANZ SEGUROS S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado general de **ALLIANZ SEFUROS S.A.** entidad organizada como sociedad anónima, sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 860026182-5, representada legalmente por el Doctor ANDREA LORENA LONDOÑO, conforme se acredita con el poder y certificado de existencia y representación legal adjunto; encontrándome dentro del término legal, comedidamente procedo a presentar descargos frente al **AUTO DE IMPUTACIÓN No. URF1-0070 DEL 22 DE FEBRERO DE 2024**, por medio del cual se imputa responsabilidad fiscal a los presuntos responsables y por el que se vincula a mi prohijada como tercero civilmente responsable en virtud del contrato documentado en los Seguros Manejo Póliza Sector Oficial No.1004607 y No. 1004782, con sus anexidades y prorrogas, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad 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. OPORTUNIDAD

Teniendo en cuenta que la notificación personal del Auto de Imputación Número URF1-0070 del 22 de febrero de 2024, se realizó por parte del despacho mediante correo electrónico el día 7 de marzo de 2024, el término de 10 días hábiles establecido en el artículo 50 de la Ley 610 de 2000, comenzó a computarse transcurrido el día siguiente a la fecha de notificación del auto de imputación, es decir, a partir del día 8 de marzo del corriente año. De allí que el término para presentar este escrito fenece el 21 de marzo de 2024. En ese orden de ideas, se colige que este acto se surte dentro de la oportunidad procesal pertinente.

II. ANTECEDENTES QUE MOTIVAN LA ACTUACIÓN

El proceso aquí discutido tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad fiscal de los imputados como resultado de la solicitud elevada el día 11 de febrero de 2002 por el representante legal del FIC, respecto al otorgamiento de licencia ambiental para el proyecto construcción de la penitenciaría Doña Juana, ubicado en jurisdicción del Municipio de la Dorada, Caldas; Corpocaldas emitió la Resolución No. 0051 del 11 de

marzo de 2004 “Por medio del cual se otorga un permiso provisional de vertimientos” por el término de un (1) año, estableciendo además que el beneficiario debería solicitar su prórroga (60) días antes de su vencimiento, y que tal permiso quedaría sujeto al cumplimiento de obligaciones consistentes en rendir informes y solicitar permiso de vertimientos ante Corpocaldas:

Las obligaciones atrás descritas, en especial el permiso provisional de vertimientos estaba íntimamente ligado a la PTAR del establecimiento penitenciario de la Dorada, por cuanto de su adecuada operación se desprendería la calidad de tales aguas residuales domésticas arrojadas al caño San Javier. Es así como encontrándose a cargo del INPEC la administración y mantenimiento del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad, este debía velar por el óptimo funcionamiento de la PTAR, el cumplimiento irrestricto de las obligaciones de citas, así como la solicitud de prórroga de tal permiso sesenta (60) días antes de su vencimiento; es decir, con fecha máxima del 10 de enero de 2005 sin que se cumplieran ninguna de las anteriores, por lo que Corpocaldas profirió las resoluciones No. 1198 del 14 de octubre de 2014 “Por la cual se impone una sanción” y No. 533 del 20 de mayo de 2015 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” imponiendo al INPEC como sanción, una multa por valor \$760.981.760 M/Cte., como consecuencia del inapropiado vertimiento de aguas residuales del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada (Caldas) al caño San Javier de tal municipalidad, decisión que quedó en firme desde el tres (3) de julio de 2015.

La CGR afirma que el INPEC desatendió las obligaciones contraídas con Corpocaldas para el manejo de vertimientos habiéndose visto avocado a la sanción de multa pecuniaria, desde el mes de julio de 2015 — fecha de ejecutoria de la Resolución No. 533 del 20 de mayo de 2015 — hasta el mes de noviembre de 2017 y de abril de 2018 - fechas en las que se hicieron los dos únicos pagos -, incumpliendo su obligación de cancelación inmediata de tal sanción habiendo transcurrido más de dos (2) años y acarreando con ello la generación de intereses moratorios, haciendo más gravosa la situación económica para el establecimiento público del sector descentralizado por tener que incurrir en el pago de un mayor valor, teniendo en cuenta además que, con los pagos realizados, aún no se ha cubierto la totalidad del valor de la sanción y se continúan generando día tras día, intereses de mora. Es decir, el daño al patrimonio del Estado se materializó en el momento en que el INPEC, efectuó el primer pago por las sanciones impuestas por Corpocaldas.

Finalmente, la tasación del daño patrimonial deviene del monto pagado por concepto de interés liquidados sobre la misma y el valor de las facturas más los intereses de las facturas correspondientes al cobro de la tasa retributiva por vertimientos de los años 2014 y 2015, por la suma \$261.421.551 M/Cte., la cual fue modificada con el Auto de Imputación No. URF1-0070, por valor de \$248.588.370 M/Cte.

Con lo anterior, se califica el hallazgo con incidencia fiscal y se decide adelantar el presente proceso, el cual se inicia mediante auto de apertura No. 00148 de febrero de 2019, debidamente notificado, vinculando como presuntos responsables a:

- JORGE LUIS RAMÍREZ ARAGÓN – Director INPEC La Dorada;
- MARTHA LUCÍA FEHO MONCADA – Directora INPEC La Doctora;

Basados en lo antecedente, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la presunta responsabilidad de los sujetos 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 y se profiere el auto de imputación No. URF1-0070 del 22 de febrero de 2024.

En cuanto a terceros vinculados tenemos:

- LA PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS, con Nit. 860002400-2.
- ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A., con Nit. 860002182-5.
- MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., con Nit. 891700037-9.
- AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., con Nit. 860002183-9.
- HDI SEGUROS S.A., con Nit. 860004875-6.

Frente a la vinculación de ALLIANZ SEGUROS S.A., en calidad de tercero civilmente responsable - garante:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en los Seguros Manejo Póliza Sector Oficial No. 1004607 y No. 1004782, con sus anexidades y prorrogas, con las vigencias descritas más adelante, que fueron tomadas por parte del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría conocedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dichas garantías, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no debe ser afectada en el caso concreto.

Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al ente investigador, 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 se **PROFIERA AUTO DE ARCHIVO** o en su defecto, **LA DESVINCULACIÓN** de ALLIANZ SEGUROS S.A., del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su despacho.

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

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

“ARTICULO 50. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

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

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

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta de los gestores fiscales. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal identificado con el No. PRF-2019-00290.

1.- AUSENTE NEXO DE CAUSALIDAD PARA PODER ATRIBUIR RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad fiscal está compuesta por tres elementos *sine qua non*, que deben ser determinados por la Contraloría, con la certeza tal, que le permita endilgar la existencia de dicha responsabilidad sin duda alguna.

Los citados elementos, se encuentran descritos en el artículo 5 de la ley 610 de 2000 de la siguiente manera:

"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."**

Para que pueda endilgar la existencia de responsabilidad fiscal, dichos elementos deben tener un soporte probatorio adecuado, pues a falta de su demostración no podría llegar a atribuirse ni declararse responsabilidad fiscal alguna en cabeza de los investigados, y mucho menos una eventual responsabilidad civil en contra de ALLIANZ SEGUROS S.A., como garante vinculada.

Se debe hacer énfasis, en la necesidad probatoria de los hallazgos que sirven de fundamento al proceso fiscal, en la medida que en el caso objeto de estudio no se tiene ningún tipo de soporte que acredite la real existencia del hecho u omisión que de origen a una responsabilidad fiscal por parte de los presuntos responsables, en la medida que la Contraloría no acredita que los investigados hayan efectivamente ejecutado una conducta u omisión de la cual se pueda desprender su responsabilidad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la base del hallazgo son los presuntas irregularidades relacionadas con la ausencia de cumplimiento del Acuerdo No. 22 del 17 de agosto de 2017, suscrito entre Corpocaldas y el INPEC, para garantizar el pago de los

montos generados por las sanciones impuestas mediante Resoluciones No. 1198 del 14 de octubre de 2014 “Por la cual se impone una sanción” y No. 533 del 20 de mayo de 2015 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”, lo cual ante su incumplimiento generó la causación de intereses moratorios. Sin embargo, la Contraloría ha dejado de estudiar el fondo de dicho incumplimiento, el cual no deviene de los hoy imputados, pues estos no contaban con la función de autorizar pago alguno por concepto de sanciones, ni de intereses moratorios, pues estas acciones dependían directamente del INPEC a nivel central (Bogotá D.C.), argumento que tiene sustento en la Resolución No. 2529 de 2011 y la Resolución No. 2529 de 2012.

Con base en la información anterior, se concluye que la Contraloría General del Cauca, incumple con la obligación de sustentar dos de los elementos descritos en el artículo 5 de la Ley 610 del 2000, teniendo en cuenta que el hallazgo fiscal con base en el que inicia el proceso de responsabilidad, es por la presunta pérdida de un porcentaje de dinero derivado de un pago injustificado parcialmente, olvidando establecer si en efecto los imputados tenían el deber de realizar el pago de las sanciones y los intereses de mora, cuando esto depende del nivel central con su autorización, lo que desvirtúa el presunto detrimento investigado.

En razón de lo indicado, vale la pena resaltar, que el cimiento de la actuación resulta siendo una afirmación carente de fundamento, teniendo en cuenta que de ninguna manera los imputados tenían la obligación de girar recursos para evitar la generación de intereses de mora, hecho este que no tiene la capacidad por si solo de demostrar una conducta fiscal indebida, pues la función de los enjuiciados se circunscribió a trasladar la información de lo sucedido al nivel central para que este determinara las acciones a que habían lugar, por lo que cumplida su necesidad no quedaba vía distinta que esperar a que la dirección superior actuara.

Así las cosas, adicional a que la Contraloría no establece que los investigados hayan cometido una conducta u omisión que genere el presunto detrimento, tampoco acredita la causalidad entre la gestión de la ausencia de pago del acuerdo No. 22 y la generación de intereses, no se puede atribuir la responsabilidad del presunto detrimento generado, gracias a que se desvirtúa la causalidad entre la generación del daño y la conducta de los presuntos responsables, por el hecho de que estos únicamente ejecutaron las actividades y obligaciones derivadas de la Ley.

Por lo anterior, se observa que los hechos materia del proceso fiscal al incumplir con los elementos necesarios que permiten atribuir la responsabilidad de los investigados, no es procedente y carece de todo fundamento, ya que se hace una indebida valoración probatoria del acuerdo de pago No. 22 y sus obligaciones, las cuales han sido siempre oponibles al nivel central del INPEC.

En esta medida, se confirma que no se cumplen los elementos esenciales de este tipo de responsabilidad, y se considera oportuno hacer mención a lo manifestado por Younes (2006) en desarrollo doctrinario al respecto:

"Es necesaria la prueba de la certeza de la conducta fiscal reprochable, la ocurrencia del daño patrimonial del Estado, y la imputación de responsabilidad fiscal para el investigado.

Todo cargo de incriminación fiscal se considerará sin valor si se funda en prueba que se produjeron sin las exigencias legales o en forma que afectó

los derechos fundamentales del investigado, en los términos del art. 29 de la Constitución Política, que como se sabe consagra el derecho fundamental al debido proceso en nuestro país

*Recordamos que **esta responsabilidad es de carácter subjetivo y en consecuencia debe haberse probado el dolo o la culpa en los términos de la ley.** Igualmente, toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.”¹ (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Así entonces, aunado a otras circunstancias que sustentaran la defensa de ALLIANZ SEGUROS S.A., a lo largo de este escrito, se solicita desde ya la desvinculación de mi representada, ya que no existe ningún elemento que pueda atribuir responsabilidad a los presuntos responsables, en la medida que la gestión adelantada no tiene causalidad con el detrimento que se expone en el presente proceso fiscal.

2.- INEXISTENCIA DEL HECHO GENERADOR.

En primer lugar, es necesario indicar que como lo ha determinado la Ley 610 de 2000, uno de los requisitos para la configuración de responsabilidad fiscal es la existencia de un hecho generador que implique un daño patrimonial al Estado. En ese sentido, no resulta posible endilgar responsabilidad fiscal cuando no se haya acreditado un hecho generador que haya producido un detrimento patrimonial al erario. Frente a lo anterior, la Contraloría General de la República ha señalado:

“El hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por acción u omisión, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica o económica que revista la gestión fiscal en el caso específico. **Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño.**”² (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Al respecto, el Consejo de Estado ha reseñado que es necesario diferenciar el hecho generador del daño fiscal, del daño en sí mismo, entendiendo el primero necesariamente como aquel acontecimiento o fuente que constituye o produce un resultado dañoso en el fisco:

“La Sala estima que el argumento traído por el recurrente, confunde dos aspectos fundamentales propios de la responsabilidad, en tanto que asimila el hecho generador del daño con el daño en sí mismo.

Cuando el apelante estima que no era dable declararlo responsable fiscalmente porque el daño patrimonialmente del Estado se concreta en los pagos efectivos que ese hizo a un contratista, pagos realizados por los Gerentes que le reemplazaron, **incurre en el error de ignorar que ese pago al que se vio avocada la entidad tuvo fuente en la falta de planeación en la etapa precontractual,** en la cual, tal y como se probó en la primera instancia, el actor tuvo toda la injerencia en su calidad de gestor fiscal de

¹ Diego Younes Moreno "Derecho del Control Fiscal - Vigilancia para una Gestión Transparente de lo Público" 2006

² Contraloría General de la República. Concepto 20198 EE 0103363.

la Lotería de Boyacá. En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo.”

De tal suerte que, el hecho generador corresponde a aquel elemento mediante el cual necesariamente se produce un daño al patrimonio público, por lo que ante la ausencia de un hecho generador indudablemente el daño será inexistente, y consecuentemente, no habrá lugar a la declaratoria de responsabilidad fiscal.

En el caso que nos ocupa, frente al presunto daño patrimonial argüido por la Contraloría ocasionado supuestamente en la ausencia de pago de las dos cuotas pactadas en el acuerdo No. 22, y por consiguiente su causación de intereses, la Contraloría General de la República, indica que el hecho generador del daño data del 30 de septiembre de 2017 y terminó el 30 de noviembre de 2017, cuando se efectuó un único pago, no obstante, se discrepa del hecho, esto porque no puede ser el generador atendiendo a que, como se ha mencionado, porque la obligación no estaba en cabeza de los hoy imputados, lo que elimina el hecho generador al no estar a cargo de quienes resultan vinculados al proceso.

De manera que es claro que el hecho generador de este proceso se ciñe a una declaratoria de responsabilidad inexistente. Es evidente que lo que se discute en este asunto no se ajusta a un daño patrimonial de cargo de quienes están vinculados.

3.- INEXISTENCIA DEL DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO.

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

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la

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

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado en los mismos términos, al establecer que para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, definitivamente debe existir un daño patrimonial sufrido por parte del Estado. No obstante, no cualquier tipo de daño es susceptible de ser resarcido en un proceso fiscal, sino solo aquél que se encuentre debidamente acreditado, y que además, se predique respecto de una entidad u organismo estatal en concreto. Lo previamente explicado fue analizado tal y como se expone a continuación:

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

En otras palabras, para que sea jurídicamente viable la declaratoria de responsabilidad fiscal en un proceso determinado, es esencial que el daño patrimonial al Estado se encuentre debidamente acreditado en el expediente. No obstante, del material demostrativo allegado al plenario, se observa que no se ha producido ningún daño patrimonial al Estado.

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que en el caso objeto de estudio no se configura una responsabilidad patrimonial por parte de los presuntos responsables, por cuanto la generación de intereses moratorios por incumplimiento del Acuerdo No. 22, no deviene de quienes están imputados, en ese sentido, los dineros que alega la Contraloría se tienen como detrimento del erario, no se perdieron o fueron

³ Ibídem.

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

destinados de forma indebida por los implicados, por el contrario, está demostrado que evitar el perjuicio alegado dependía de sujetos no vinculados a este proceso.

Conforme lo anterior, en el presente caso, no se ha podido establecer que el daño patrimonial alegado fue originado por el actuar u omisión de los imputados, pues se encontraban en imposibilidad de dominar el hecho lesivo para la entidad afectada.

Corolario de lo mencionado, es importante hacer notar que el despacho no ha podido establecer en debida forma el monto del presunto detrimento, pues en favor de su investigación alega que este debe entenderse por el valor de \$248.588.370 M/Cte., sin embargo, frente a los presuntos responsables no se determina en que cantidad deban responder, y el porcentaje de su participación frente a la causación del mismo, siendo carga del ente investigador desplegar una actividad investigativa que le permita determinar con probabilidad de verdad el monto por el que acusa.

Por esta razón, se deduce la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

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

De esta forma, resulta conducente el archivo de la acción y el archivo del proceso de responsabilidad fiscal No. PRF-20-22 Folio 150 del L.R.

4.- INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

Desde ya se advierte y pone de presente que la conducta dolosa o gravemente culposa que debe predicarse respecto de la persona que realice la gestión fiscal, se encuentra totalmente ausente en este proceso. Téngase en cuenta que la misma se alega respecto de los investigados, de quienes se predica el supuesto detrimento patrimonial y su participación en el mismo, por la pérdida o indebida aplicación de los recursos asignados a este.

En tal orden de ideas, se debe tomar en consideración que de las pruebas allegadas al proceso no se logra evidenciar que se haya realizado una indebida aplicación de los recursos del contrato, como se ha sostenido, respecto del objeto estos guardan adecuada correlación, y por tal razón, dicho aspecto no puede redundar en un daño patrimonial al Estado, en tanto que la obligación contractual de pago no llevó consigo que estos sean injustificados y mal intencionados, por lo que de contera, al no existir daño alguno, mal haría en predicarse una conducta dolosa o culposa por parte del gestor fiscal, máxime cuando los presuntos responsables no tuvieron a su cargo la intención de incumplir o destinar los recursos de manera inadecuada.

En este orden de ideas, es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, esto es, en 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 levisima en el patrón de conducta del gestor fiscal, sino que es imperativo que dicho patrón del gestor 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 aquel 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 2o 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 levisima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve.

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad

patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición.

Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. En el caso de la responsabilidad patrimonial, a través de la producción de un daño antijurídico que la persona no estaba en la obligación de soportar y que generó una condena contra él, y, en el caso de la responsabilidad fiscal, como consecuencia del irregular desenvolvimiento de la gestión fiscal que se tenía a cargo.

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4o parágrafo 2o y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**⁵ *(Subrayado, cursiva 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 aquel que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave.

⁵ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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 levisima.

Habiendo dicho lo anterior, ahora resulta de gran importancia examinar si la actuación de los investigados, 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).⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

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

*"ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. **El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro**". (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

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

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01.

*"las 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** (...)"⁷ (subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a las personas naturales previamente identificadas, 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 la intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público.

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al Despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los investigados. Contrario a ello, se puede verificar que los presuntos responsables no tuvieron a su cargo gestión fiscal alguna de la que se pueda derivar algún calificativo de la conducta, ya que adelantaron las gestiones que estuvieron a su alcance para cumplir con el Acuerdo de pago No. 22, pero estaban supeditados a autorización y giro de recursos por el nivel central del INPEC, actuación de los imputados que no configura per se un detrimento, siendo que si existe irregularidad esta no deviene de quienes ahora están vinculados, por lo que no hay aceptación de responsabilidad alguna.

Como ha quedado en evidencia, el actuar de los investigados siempre se caracterizó por ser recto y ausente de dolo y/o culpa grave, pues como se dijo no han tenido a su cargo el detrimento que se reprocha en el presente caso. Por el contrario, amén de su intervención solo desplegaron sus funciones, incluso sin extralimitarse, y el Juzgador fiscal no ha acreditado situación distinta. Por todo lo anterior, no puede afirmarse que el actuar de los imputados ha sido en perjuicio del patrimonio de la entidad y cargado de dolo o culpa grave, pues como se ha indicado, el mismo se ciñe en todo a la conducta prudente y diligente que cualquier persona hubiese tenido en su posición.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de la persona más descuidada (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

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

“ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005 00425-01.

establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

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

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

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;*
- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;*
- c) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;*
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*
- e) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;*

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

Así las cosas, por ningún lado se logra acreditar la conducta de culpa grave que reprocha el ente de control, toda vez que no se allegaron elementos materiales probatorios que acrediten la ocurrencia de un detrimento patrimonial por culpa y dolo de los presuntos responsables.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en

cabeza de los presuntos responsables, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento, de suerte que no concurren los elementos *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad fiscal en cabeza de los investigados por lo cual resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

5.- AUSENCIA DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LA APERTURA DEL PROCESO FISCAL – ERROR EN EL PROCEDIMIENTO.

Es imprescindible poner de presente que, se omitió efectuar el estudio de los requisitos esenciales que sirven de fundamento para la apertura del proceso fiscal.

Se evidencia el incumplimiento de la Contraloría, en acatar la observancia de los requisitos necesarios para dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal consagrados en el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011, teniendo en cuenta que, en ningún momento de la auditoría, se ha logrado establecer la existencia de un daño patrimonial, como se indica en dicha disposición que se transcribe a continuación:

*"ARTICULO 40. **APERTURA DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, **se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso** de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.*

En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno".

Según se ha evidenciado en la documentación del caso, el fundamento del proceso de responsabilidad fiscal obedece a la falta de justificación de un porcentaje del desembolso realizado, pero en ninguna parte de la actuación se puede establecer de forma concreta que la actuación desarrollada por los presuntos responsables haya sido la causa eficiente del detrimento imputado.

Adicionalmente, se recuerda que el artículo 39 de la misma Ley, presupone la existencia de la CERTEZA de la ocurrencia del hecho que no es imputable a los presuntos responsables y la causación del daño patrimonial, que la falta de motivación y objetividad del supuesto hallazgo no permite establecer en el proceso fiscal.

Así entonces, como se ha podido dilucidar en el presente proceso fiscal es manifiesto el error en el procedimiento dado que no había lugar a aperturar el procedimiento toda vez que:

1. No hay hecho.
2. No hay daño.
3. No hay nexo.
4. No hay dolo, ni culpa grave.

En conclusión, al no encontrar mérito para el inicio y agotamiento del proceso de responsabilidad fiscal y haberse iniciado el mismo al margen de las formalidades que amerita el procedimiento, pues las omisiones de los aspectos antes descritos, repercute en el resultado del trámite y como si fuera poco los hechos acaecidos no representan un detrimento para el patrimonio del estado.

Es por esto que, es de suma importancia ponerle de presente al Juzgador, que no existe alternativa distinta a archivar el caso de autos al evidenciarse que no concurren los requisitos sine qua non para la declaratoria de responsabilidad fiscal.

IV. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

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

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

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

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

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

Ahora, es importante mencionar que para efectuar la vinculación de una compañía de

seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el Artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

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

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

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

- a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado:** Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto contratado, no hay lugar a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.*
- b) **Establecer las condiciones particulares pactadas en el contrato de seguro, tales como vigencia de la póliza, valor asegurado, nombre de los afianzados, existencia de un deducible, etc.,** eso para conocer el alcance de la garantía, toda vez que de estas condiciones se desprenderá la viabilidad de la vinculación de la Compañía aseguradora al proceso.*
- c) **Examinar el fenómeno de la prescripción,** que si bien es cierto, por vía del art. 1081 del Código de Comercio, es de dos años la ordinaria y de cinco la extraordinaria (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

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 la misma, debiendo sujetarse a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal. Lo anterior, para determinar si es o no procedente su vinculación, siempre que no se configure alguna causal de inoperancia del contrato de seguro.

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

precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, es claro que la vinculación de la aseguradora debe estar condicionada a la estricta observancia o análisis previo de 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 3000128, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es notorio 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 garantías referida.

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

1. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

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

Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).⁸ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

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

“La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como *pacta sunt servanda*, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato.

Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

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

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

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos.

En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, no resulta jurídicamente admisible declarar la responsabilidad fiscal en el caso concreto, como quiera que no se ha realizado el riesgo asegurado, esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables.

Así pues, visto lo anterior y como se ha venido exponiendo, es claro que en el caso en concreto no se configuraron los elementos de la responsabilidad fiscal toda vez que:

(i).- No existió detrimento patrimonial de la Entidad ya que los vinculados no tienen dominio del hecho (ii).- no se acreditó la culpa grave y mucho menos el dolo ya que, el material probatorio allegado al presente proceso es insuficiente para hacer tales afirmaciones. Entonces, ante la inexistencia de pruebas útiles, pertinentes y conducentes que respalden inequívocamente la actuación negligente o claramente enfocada a causar un daño en el patrimonio de la Entidad presuntamente afectada, no es posible afirmar la existencia de una responsabilidad fiscal en cabeza de los funcionarios vinculados, y (iii).- Los hechos investigados el monto del presunto daño patrimonial se encuentran indebidamente dimensionados.

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

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de la investigada, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado del Seguro Manejo Póliza Sector Oficial No. 3000128, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado.

En consecuencia, el ente fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A., del proceso de responsabilidad fiscal que nos ocupa.

2. FALTA DE COBERTURA TEMPORAL DE LAS PÓLIZAS No. 1004607 y No. 1004782.

El juzgador ha incurrido en un yerro protuberante que perjudica de manera directa a mi representada, pues con el auto de imputación se ordenó declarar a mi mandante como tercero civilmente responsable con base a las Pólizas No. 1004607 y No. 1004782, con sus anexos y prorrogas cuando las mismas NO OFRECEN COBERTURA TEMPORAL, situación que deviene en una vinculación injusta, pues ha desatendido la naturaleza del contrato de seguro, la legislación que lo rige y la realidad fáctica y probatoria, por lo que se citan las pólizas y sus vigencias:

- Póliza No. 1004607:

- .- Anexo 0: Desde el 21 de diciembre de 2013 y hasta el 1 de agosto de 2014;
- .- Anexo 1: Desde el 4 de agosto de 2014 y hasta el 31 de octubre de 2014;
- .- Anexo 2: Desde el 31 de octubre de 2014 y hasta el 27 de noviembre de 2014.

- Póliza No. 1004782:

- .- Anexo 0: Desde el 27 de noviembre de 2014 y hasta el 1 de enero de 2015;
- .- Anexo 1: Desde el 1 de enero de 2015 y hasta el 1 de enero de 2016;
- .- Anexo 2: Desde el 1 de enero de 2016 y hasta el 2 de julio de 2016;
- .- Anexo 3: Desde el 2 de julio de 2016 y hasta el 6 de noviembre de 2016.

A su vez, la modalidad o naturaleza de las pólizas se pactó como “OCURRENCIA”, y conforme a los hechos soporte de investigación fiscal, los mismos se desarrollaron de una parte con la suscripción del Acuerdo No. 22 el 17 de agosto de 2017, pactándose el pago de dos cuotas, la primera el 30 de septiembre de 2017 y la segunda el 30 de marzo de 2018, y el fin del hecho se dio el 30 de noviembre de 2017, con el incumplimiento de pago por ser extemporáneo, estando claramente todos los hechos por fuera de la vigencia de las garantías, desatendiendo la apreciaciones contenidas en la Circular 005 del 16 de marzo de 2020.

En dicho sentido, es necesario tratar la regulación normativa y jurisprudencial del contrato de seguro por “OCURRENCIA”, y su efecto en la vigencia del mismo para ser afectado. Sobre el particular, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, dispone:

“ARTICULO 4. 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”.

De conformidad con lo anterior, las cláusulas por “OCURRENCIA”, constituyen una limitación temporal al cubrimiento de la póliza, toda vez que no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también resulta necesario que se materialicen durante la vigencia de la póliza.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente tratándose de las diferentes modalidades de cobertura que la legislación colombiana dispone para los seguros de responsabilidad civil:

“Antes de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997, la cobertura que se aplicaba para los seguros de responsabilidad civil era la de ocurrencia pura, que delimitaba el amparo a que el siniestro tuviera lugar durante la vigencia de la póliza (teoría del hecho dañoso).⁹

A su tono, y siendo que no encontramos frente a un seguro de manejo, debemos recordar que el mismo fue creado por la Ley 225 de 1938, y sus normas están en Estatuto Orgánico de Sistema Financiero. Entonces, el seguro de manejo tiene por finalidad cubrir al asegurado (en este caso a la entidad que administra recursos públicos) por los actos incorrectos que cometan sus empleados que impliquen apropiación o uso indebido de los

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00027-01(AC). Actor: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ.

recursos de la entidad. Lo dicho encuentra apoyo en el análisis que realizó sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de julio de 2006, exp. 00191:

“El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2° señala que aquel tiene por objeto garantizar ‘el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confien a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables’ (...) En virtud de este seguro –mejor aún modalidad aseguraticia- se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que ésta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquélla, lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente. El riesgo que figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C.Co), no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley –como acontece en el seguro de cumplimiento-, sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores, infidelidad que ‘puede tener su origen en uno de estos actos; el desfallo, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza. Actos intencionales, dolosos’¹⁰

Con base en lo dicho, para que una pérdida sufrida por el asegurado genere una obligación indemnizatoria a cargo de la aseguradora (es decir que sea considerada como siniestro) se requiere un acto o infracción cometido por el funcionario, que debe presentarse durante la vigencia de la póliza. En la práctica, es la entidad pública la que toma esta póliza para proteger su patrimonio por las pérdidas producidas por sus empleados, lo que sucede con el contrato de seguro con que se vinculó a mi representada, el cual fue tomado por el INPEC.

Las pólizas utilizadas en el mercado cubren tanto la comisión de actos delictuosos por parte de los empleados como los alcances y fallos de responsabilidad fiscal y por lo general, como sucede en nuestro caso, estas pólizas están estructuradas bajo la modalidad de ocurrencia, lo que se explica a continuación. Bajo la concepción original sobre el riesgo asegurable del Código de Comercio, solo los hechos futuros e inciertos son asegurables. Los hechos ciertos (salvo la muerte) por mandato legal no pueden ser objeto de cobertura.

Sin embargo, el mercado internacional de seguros y reaseguros desarrollaron coberturas para seguros de manejo y riesgos financieros en las cuales el siniestro no es la ocurrencia del acto deshonesto sino su descubrimiento por parte del asegurado. La legislación nacional acogió la citada alternativa, inicialmente mediante la Ley 35 de 1993, hoy incorporada al artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (solo para riesgos financieros) y luego por la Ley 389 de 1997 (que la amplió en general para los seguros de manejo).

En consecuencia hoy en día existen dos modalidades de cobertura en seguros de manejo,

¹⁰ Nota de pie de página original de la sentencia: Ossa J. Efrén, Tratado Elemental de Seguros, Lerner, Bogotá 1963, pg. 514.

según lo que se estipule en la póliza:

- Seguro por ocurrencia que cubre los hechos acaecidos en la vigencia de la póliza, modalidad que es la más común en las pólizas de manejo en favor de entidades públicas.
- Seguro por descubrimiento que cubre las pérdidas descubiertas en la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad, alternativa esta que es la usual en la pólizas denominadas de Infidelidad y Riesgos Financieros (IRF), que toman las entidades financieras y algunas empresas y que en adición a la cobertura de manejo comprende otros tipos de riesgos. La síntesis de las modalidades de cobertura en el derecho colombiano es la siguiente:

Ambito de aplicación	Modalidad de cobertura	Norma
ESQUEMA GENERAL	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
SEGURO DE MANEJO Y RIESGOS FINANCIEROS	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Descubrimiento de la pérdida	Ley 35 de 1993-art. 185 EOSF y art. 4 Ley 389 de 1997
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	Ocurrencia del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Reclamación de la víctima	Art. 4 Ley 389 de 1997

En tal sentido, necesariamente debemos recordar, en primer lugar que frente a los seguros por ocurrencia la concepción básica y general del Código de Comercio permite el aseguramiento de hechos futuros e inciertos. Por definición legal (artículo 1054 del Código de Comercio) el riesgo debe ser futuro, de manera que los contratos de seguro sólo tienen la virtud de cubrir hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia. El artículo 1054 del Código de Comercio prevé: “los hechos ciertos...no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro”. El siniestro es el hecho que debe ocurrir en la vigencia de la póliza.

El artículo 1073 del Código de Comercio establece los parámetros temporales para identificar la póliza que debe ser afectada por un siniestro:

- Si el siniestro comienza antes de la iniciación de vigencia de la póliza (y continua después) la póliza que se afecta es la de la vigencia anterior (ya no es incierto).
- Si el siniestro se inicia en la vigencia de la póliza y continua después de su expiración la única póliza que lo cubre es la vigente cuando comenzó su realización.

En efecto, el artículo 1073 del Código de Comercio preceptúa:

“ARTÍCULO 1073. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO. 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”

Con idéntica perspectiva el Consejo de Estado, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2002, exp. 22511, puntualizó la necesidad de que el riesgo deba tener lugar durante la vigencia de la póliza:

“La vigencia de la póliza es el período dentro del cual el asegurador si ocurre o se da el riesgo o hecho garantizado debe responder, si es que surge su responsabilidad del contrato de seguro; la vigencia de la póliza, marca entonces el tiempo dentro del cual si ocurre el hecho garantizado podría ocasionarle a aquel, responsabilidad de indemnizar.”

La consecuencia lógica de lo expuesto es que el siniestro (en cualquiera de sus modalidades) es un evento que únicamente puede afectar la vigencia en que se presenta.

No puede afectar la vigencia anterior, por cuanto el siniestro no ha aflorado, es decir no ha ocurrido o no se ha descubierto la pérdida (manejo o IRF) o la víctima no ha reclamado (Responsabilidad civil bajo Claims Made).

Tampoco puede afectar la póliza posterior, ya que si el siniestro se inicia en una vigencia, únicamente esa debe correr con el siniestro. Las vigencias siguientes no obligan al asegurador por cuanto el siniestro ya se había iniciado y ya no era futuro e incierto.

Complementariamente, la Circular 005 del 16 de marzo de 2020, proferida por la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, como orientadora de la política de prevención del daño antijurídico realizó apreciaciones frente a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal, siendo que frente a la vinculación de aseguradoras con motivo de pólizas expedidas en la modalidad de ocurrencia dispone:

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

Como se ha acreditado, el fallador realizó una interpretación errónea del mandato contenido en la Circular 005 del 16 de marzo de 2020, pues en esta se ordena que en la modalidad por ocurrencia, la póliza a afectar es la vigente al momento del hecho generador de la pérdida del recurso público. Es alarmante que se afecte un contrato de seguro que no estuvo vigente al momento de los hechos, pues desconoce abiertamente la legislación y jurisprudencia que tanto se han esmerado en regular y explicar la modalidad por ocurrencia, desconociendo inclusive el propio contrato de seguro y las situaciones fácticas y probatorias del proceso.

Es en conclusión y en mérito a todo lo fundamentado y demostrado, es que el juzgador debe desvincular a la compañía, ya que el auto que nos concierne está viciado de falsa motivación en cuanto a las razones y pruebas que lo sustentan para ordenar afectar las pólizas en mención no obedecen a la realidad fáctica, ni jurídica, y mantener así vinculada a mi representada convierte al proceso en injusto.

• **EL DEDUCIBLE PACTADO EN EL SEGURO DE MANEJO PÓLIZA SECTOR OFICIAL No. 1004607 y No. 1004782.**

En comunión a los argumentos precedentes, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada en el improbable evento en el que el honorable Despacho considere que la Aseguradora sí tiene la obligación de pagar indemnización alguna, resulta fundamental que tenga en cuenta el siguiente deducible pactado en el contrato de seguro de notas:

AMPAROS CONTRATADOS					
No.	Amparo	Valor Asegurado	AcumVA		Prima
1	COBERTURA GLOBAL DE MANEJ	661,000,000.00	SI	20,496,809.4	
	Deducible: 4.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA	Mínimo 0.00	SMMLV	NINGUNO	
2	DELITOS CONTRA LA ADMINIS	661,000,000.00	NO		0.00
3	RENDICION Y RECONSTRUCCIO	661,000,000.00	NO		0.00
4	EMPLEADOS NO IDENTIFICADO	330,500,000.00	NO		0.00
	Deducible: 4.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA	Mínimo 0.00	SMMLV	NINGUNO	
5	EMPLEADOS DE FIRMA ESPECI	337,110,000.00	NO		0.00
	Deducible: 4.00% DEL VALOR DE LA PERDIDA	Mínimo 0.00	SMMLV	NINGUNO	

En este orden de ideas, resulta de suma importancia que el Honorable Juzgador tome en consideración que, tanto la definición del deducible como su forma de aplicación, ha sido ampliamente desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia en distintos conceptos, como el que se expone a continuación:

“Una de tales modalidades, **la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida**, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado. En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”.¹¹ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

De esta manera, en el hipotético evento en el que se encuentre probada la responsabilidad fiscal y se busque que mi representada sea declarada civilmente responsable en virtud de la aplicación del contrato de seguro que se relaciona, es de suma importancia que el Honorable Juzgador no pierda de vista que debe descontar del importe de la indemnización el porcentaje pactado como deducible que, como se explicó asciende al rubro del 4% del valor total de la perdida, en este caso, se debe aplicar el valor mayor, no solo por ser más beneficioso, sino porque se pactó como un mínimo que no debe, ni puede desconocerse.

¹¹ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2016118318-001 del 29 de noviembre de 2016. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, DEDUCIBLE.

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

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

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad 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 Sala Civil de 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”¹²*
(Subrayado y negrilla propios del suscrito).

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 en razón de la porción de riesgo asumido, atendiendo el coaseguro pactado.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

contrato de seguro no presta cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dicha póliza contiene unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada.

4. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, SON RIESGOS NO AMPARADOS.

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

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la póliza de seguro por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aún ante esta remota circunstancia, el despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a ALLIANZ SEGUROS S.A., del proceso de responsabilidad fiscal bajo estudio.

5. EXCLUSIONES CONTEMPLADAS EN EL SEGURO MANEJO No. 1004607 y No. 1004782.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que se excluyen de amparo, en cuyo caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño

atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”¹³

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Ahora, también hay que tener en cuenta el concepto No. 19999055614-2 proferido por la Superintendencia Financiera¹⁴, que al respecto ha dicho:

“En relación con la exclusión: Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que le asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que sólo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, **adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aún siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones**” (Negrilla, subrayado y colores por fuera del texto original)

En ese sentido, es menester señalar que la pólizas, en sus Condiciones Generales señalan una serie de exclusiones relativas a sus amparos, resaltándose que para el caso concreto, en el evento en que existiera alguna responsabilidad, tal vez, esta sería del INPEC nivel central, pues como se ha mencionado, quien debía responder por el cumplimiento del Acuerdo No. 22, era este y no los hoy imputados, y en ese sentido la pérdida es causa no imputable a estos.

En conclusión, y de manera adicional, al configurarse alguna de las exclusiones contenidas en el Seguro de Manejo Póliza Sector Oficial No. 3000128, tanto en sus condiciones particulares como generales, debe considerarse al pronunciar fallo, pues de presentarse alguna de éstas, se releva a la aseguradora de la obligación de pagar cualquier tipo de indemnización y en consecuencia deberá exonerarse de toda obligación a mi representada.

6. CARACTER MERAMENTE INDEMNIZATORIO DEL SEGURO No. 1004607 y 1004782.

Es un principio que rige el contrato de seguro de daños, el carácter indemnizatorio del mismo, esto es, que el contrato de seguro tiene como interés asegurable la protección de los bienes o el patrimonio de una persona que pueda afectarse directa o indirectamente por la realización del riesgo. De modo que la indemnización que por la ocurrencia de

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

¹⁴ Concepto No. 1999055614-2, febrero 09 de 2000. Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria)

dicho siniestro corresponda, nunca podrá ser superior al valor asegurado. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, respecto del carácter indemnizatorio del Contrato de Seguro, en sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065, dispuso:

“Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contrata, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato”¹⁵

Se puede concluir entonces que el Contrato de Seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio y por tal motivo, tiene como finalidad llevar a la víctima al estado anterior, más no enriquecerla.

Dicho de otra manera, en este proceso no se puede desconocer que el seguro tiene un carácter meramente indemnizatorio, puesto que la esencia de éste consiste en la reparación de un daño, y no puede ser utilizado como fuente de enriquecimiento. De tal suerte, que si se afectara la póliza de seguro por el valor de un contrato que efectivamente fue ejecutado y desconociendo el deducible, claramente no se trataría de una indemnización puesto que no existe daño en el presente caso.

Por el contrario, en el improbable e hipotético evento en que su Despacho decidiera ordenar la efectividad de la Póliza, no solo estaría desnaturalizando el carácter indemnizatorio del seguro, sino que además, se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del Estado, transgrediendo el principio indemnizatorio que rige los contratos de seguro. En tal sentido, el artículo 1088 del Código de Comercio estableció lo siguiente:

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

Así las cosas, el carácter de los seguros de daños y en general de cualquier seguro, es meramente indemnizatorio, esto es, que no puede obtener ganancia alguna el asegurado / beneficiario con el pago de la indemnización.

Es decir, no puede nunca pensarse el contrato de seguro como fuente de enriquecimiento y es conforme a ello, que en caso de pagarse suma alguna se estaría contraviniendo el citado principio de mera indemnización del contrato de seguro, toda vez que en este caso no hay lugar a reconocimiento de suma alguna por cuanto la obra en el porcentaje correspondiente a la viviendas entregadas se ejecutó en debida forma. Luego entonces, si la Entidad cuenta con una obra pagada en de acuerdo a sus avances y especificaciones y adicionalmente, hace efectiva la póliza, claramente se enriquecería sin justa causa transgrediendo en total medida el carácter indemnizatorio que reviste los contratos de seguro.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 1999. Expediente 5065.

En efecto, se estaría supliendo la carga probatoria del ente investigador frente a los presupuestos de una responsabilidad patrimonial de los investigados y eventualmente enriqueciendo al patrimonio Estatal, siendo que de igual forma, en el caso concreto no estamos ante un daño y mucho menos ante uno antijurídico.

7. SUBROGACIÓN.

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

V. PETICIONES.

- A.** Comedidamente, solicito se DESESTIME la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los imputados, y consecuentemente se ORDENE EL ARCHIVO del proceso identificado con el número PRF-2019-00290, que cursa actualmente en la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan 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.
- B.** Comedidamente, solicito se ORDENE LA DESVINCULACIÓN de ALLIANZ SEGUROS S.A., como tercero garante, ya que existen diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que las pólizas no prestan cobertura para los hechos objeto de investigación por su temporalidad.
- C.** Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor asegurado, así como el deducible pactado.

VI. PRUEBAS.

Solicito de manera respetuosa tener como pruebas dentro del presente proceso las siguientes:

1. DOCUMENTALES:

- 1.1. Copia carátula pólizas No. 1004607 y 1004782;
- 1.2. Condiciones Generales del Contrato de seguro.

VIII. NOTIFICACIONES.

El suscrito recibe notificaciones en la Calle 69 No. 04-48, Oficina 502, edificio Buro 69 en la ciudad de Bogotá D.C., y a la dirección electrónica notificaciones@gha.com.co

Atentamente,


GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
19.395.114 expedida en Bogotá D.C.
T.P. No. 36.116 del C.S.J.