

Señores.

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN

REFERENCIA: RECURSO DE REPOSICIÓN
PROCESO: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
RADICADO: RF 04-2019
PRESUNTO RESPONSABLE: ANDRES ALBERTO NARVAEZ SANCHEZ
ENTIDAD AFECTADA: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ DE POPAYÁN
TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado principal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, mediante el presente escrito procedo a **REASUMIR** el poder a mi conferido en el proceso de la referencia, y a presentar dentro del término de ley, **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **AUTO 25 (FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL)** del 28 de octubre de 2024, por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal en contra de ANDRES ALBERTO NARVAEZ SANCHEZ y, adicionalmente, se declaró como tercero civilmente responsable a mi representada en virtud de la Póliza de Manejo Global No. 1000287 anexo 0 y anexo 8, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

CAPÍTULO I. OPORTUNIDAD

Teniendo presente que la lectura y notificación personal del acto administrativo por medio del cual se falló con responsabilidad fiscal se efectuó el día 28 de octubre de 2024 a mi representada y, conforme con lo establecido en el artículo 101 de la Ley 1474 de 2011, frente a éste procede únicamente el recurso de reposición al tratarse de un proceso de única instancia, el cual debe interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del fallo; el presente

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436

escrito se presenta dentro de la oportunidad correspondiente, pues los días en que transcurrió el mentado término se contabilizan a partir del 29 de octubre de 2024 y se extienden hasta el 13 de noviembre de 2024, por lo cual se concluye que este escrito se presenta dentro del término establecido para tal efecto.

CAPITULO II. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE IMPUTA A LOS VINCULADOS

A. DE CONDENAR AL PRESUNTO RESPONSABLE Y A LA ASEGURADORA -LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS- SE ESTARÍA VULNERANDO EL DERECHO DE DEFENSA Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO

En caso de que la Contraloría considere que se debe mantener el fallo con responsabilidad, debe tenerse de presente que ese acto vulneraría el debido proceso del presunto responsable y la aseguradora, toda vez que nunca se mencionó que la contratación de la póliza no tenía soporte jurídico, sino que era contrario a un concepto, lo cual, al modificarse el objeto del auto de apertura e imputación, se debió permitir o al menos advertir a las partes para que allegaran los medios de defensa correspondientes.

El debido proceso surge como una garantía en nuestra carta política, puesto que la Constitución en su artículo 29 establece que “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]*” Así, cualquier actuación judicial deberá regirse por el debido proceso, el cual según la Corte Constitucional es definido como “*ese conjunto de garantías que brindan protección al ciudadano incurso en una actuación judicial o administrativa, para que sus derechos sean respetados*”. (Corte Constitucional, 2021, SU 174)

Ahora bien, una de las garantías que engloba el debido proceso es el derecho de defensa, toda vez que la Corte Constitucional en su extensa jurisprudencia ha resaltado lo siguiente:

“El derecho a la defensa es una de las principales garantías del debido proceso y fue definida por esta Corporación como la “oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la otorga. La doctrina ha establecido que el derecho a la defensa “concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: **en primero lugar el derecho de contradicción**, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica (Corte Constitucional, 2015, T-544)”.

Teniendo presente lo antes reseñado, el derecho de defensa implica controvertir, contradecir y objetar pruebas que hayan sido allegadas en el momento procesal determinado en la ley, y tras agotar el proceso señalado en la norma procesal.

En el caso concreto, tenemos que en la pagina 5 y 6 del hallazgo que dio origen al procedimiento fiscal, se abordó el hecho de que la contratación de las pólizas de vida iba en contravía a diversos conceptos emitidos por entidades de orden nacional, siendo este el fundamento jurídico del objeto de este procedimiento, tal y como se puede apreciar:

De otra parte se encuentra que se adquiere con cargo al presupuesto de la Empresa Social del Estado un Seguro de Vida de Grupo, por valor de \$6.760.160, para amparar los siguientes riesgos: vida, muerte natural o accidental, incapacidad total y permanente, doble indemnización y auxilio funerario para funcionarios de planta del Hospital Universitario San José, seguro que no debió haber adquirido el Hospital, por cuanto va en contravía de lo manifestado en concepto 45541 de 2016, Departamento Administrativo de la Función Pública – sobre póliza de seguro de vida para funcionarios públicos, emitido el 27 de enero de 2016, por el Director Jurídico (E), doctor JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE, en el cual se manifestó lo siguiente:

"Se considera que en tanto que el sistema de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios contemplan el reconocimiento de un auxilio funerario para el empleado y cubre los riesgos laborales en los términos

legalmente establecido en la ley 1562 de 2012, no es procedente que una entidad pública del orden nacional, contrate un seguro de vida para sus empleados de manera adicional, por cuanto la ley ya contempló este beneficio".

Así mismo, se tiene que se estaría en contraposición de lo manifestado en concepto del Ministerio de Salud y Protección Social Radicado No.: 201511201579301 de fecha 15 de 09 de 2015, que expresa lo siguiente:

... "Decreto 3171 de 20043 : Reglamentó parcialmente los artículos 65, 68 y 69 de la Ley ibídem, precisando en su artículo 1, la obligación que tienen los municipios y distritos de incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para garantizar los servicios de Salud a los Concejales, bien sea a través de una póliza de seguro de salud (caso en el cual y al tenor de lo previsto en el artículo 4 ibídem, deberán contratarla con una compañía aseguradora legalmente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria), o mediante la afiliación al régimen contributivo de salud; advirtiendo, que con cargo a los recursos del municipio, no podrán coexistir la póliza de seguro de salud, con la afiliación al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud... "

Igualmente, se desataca que así se dejó sentado en el auto de apertura e imputación, pues, se señaló que la conducta era contraria a lo establecido en tales conceptos, pues, según estos tales amparos quedaban cubiertos por el régimen de seguridad social, como se aprecia en la página 9 del auto de apertura e imputación:

Según la normatividad vigente y los pronunciamientos del Departamento Administrativo de la Función Pública la creación de un seguro de vida con cargo al presupuesto de alguna entidad del orden nacional para amparar a servidores públicos de la misma iría en contravía de lo estipulado por la legislación debido a que se considera que el sistema de seguridad social consagrado en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios es integral, por lo cual no sería procedente que se contrate un seguro de vida adicional para sus funcionarios por considerarse que es un beneficio contemplado en la ley.

Es así, como el debate nunca se centró en que la norma que amparaba la contratación de tales pólizas estaba derogada y que se debía demostrar la fuente jurídica que permitiera la contratación de tales pólizas, pues, lo único que se debía demostrar es que los conceptos en los que se fundamentaba este procedimiento no eran vinculantes, por ello, es que el presunto responsable simplemente hizo alusión a la existencia de una convención colectiva, tal y como se resumió en el apartado de la defensa del presunto responsable en el fallo:

Con esto que queremos significar, que la conducta del Dr. Andrés Narváez, no fue negligente por que se adquirió conforme a un tráfico usual que venía como una regla en el Hospital Universitario San José, no fue que en todos los años anteriores nunca se había comprado la póliza y el de manera descuidada o negligente la compro en el año 2016, hacia parte de una política institucional de un pacto que se había establecido entre el hospital y los trabajadores en una convención colectiva que no fue denunciada y que estaba plenamente vigente en el momento en el que se adquirió esa póliza, eso como elemento para significar que no hubo una conducta culposa y menos gravemente culposa, como se esboza en el auto de apertura de imputación de responsabilidad fiscal en esa medida y debido a que las condiciones financieras del hospital permitieron a lo largo de todos esos años incluyendo la vigencia de 2016, de adquirir dicha póliza, se efectuó tal adquisición en el marco de un trámite interno que estaba establecido.

Es de suma importancia tener presente lo anterior, puesto que los fundamentos jurídicos en que se sustentó el procedimiento fueron modificados por la Contraloría, tal y como se puede apreciar del mismo fallo, en su página 43:

De lo anterior es claro que si bien, no podemos hablar del no cumplimiento o de ir en contravía de un concepto, lo que si es claro y evidente en el presente proceso, es que para la época de los hechos esto es enero de 2016, no existía una norma que permitiera a los gerentes de las E.S.E contratar un seguro de vida adicional para los empleados de la entidad toda vez que la norma se encuentra derogada de manera expresa, por lo tanto resulta totalmente inviable la adquisición de pólizas de seguro de vida para los empleados del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E ya que para la fecha de los hechos se encuentra vigente la ley 100 de 1993 y no existe otra norma que le permita o autorice al Gerente del HUSJ efectuar la contratación de la póliza de seguro de vida como un beneficio adicional para los empleados del HUSJ. E.S.E

Así, es evidente la violación al debido proceso, toda vez que se advirtió a la Contraloría la existencia de una convención colectiva, que el presunto responsable no aportó al no verlo necesario, pues el argumento de defensa es que los conceptos no son vinculantes. No obstante, la Contraloría si bien iba a cambiar el fundamento de su decisión, debió al menos solicitar al presunto responsable o de oficio la prueba de dicha convención colectiva, pues, de esa manera se probaría o no la existencia de esta, y el fallo respetaría las garantías del debido proceso, sin embargo, la contraloría hizo caso omiso y en su página 63 del fallo estipuló:

por una convención colectiva con Anthoc, así mismo la parte no aportó prueba alguna que lo demuestre, aunado a ello tampoco se solicitaron pruebas por la parte del presunto responsable fiscal, ni pruebas de oficio por parte del despacho, **ya que es una situación totalmente nueva que se presenta en la etapa en la que ya se encontraba agotada la posibilidad de decretar nuevas pruebas en el proceso**, adicional a lo expresado se realizó un análisis de los estudios previos, los cuales describen la necesidad para la compra de las pólizas que requiere la entidad, en ninguno de los párrafos se encuentra la justificación normativa del porque se adquirirán las pólizas de seguro de vida, tampoco se menciona que se justifiquen por la existencia de una convención colectiva firmada por los trabajadores del Hospital Universitario San José de Popayán.

Así, es evidente que existió una vulneración al debido proceso concretamente al derecho de defensa, dado que si la Contraloría tenía planteado modificar el fundamento del procedimiento fiscal, y al tener de presente que se le mencionó la existencia de una convención colectiva, que no se aportó porque no se debatía el origen del contrato sino que eran contrarios a los conceptos, debió al menos solicitarlos de oficio o darle la oportunidad al presunto responsable de aportar tal convención, no limitarse simplemente a decir que la oportunidad procesal había pasado y cambiar el sustento jurídico de su decisión.

B. LA CONTRALORÍA NO TUVO PRESENTE QUE EN ESTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE

Es preciso señalar que no existe culpa grave o dolo en cabeza del señor ANDRES ALBERTO NARVAEZ SANCHEZ, pues, él no era la persona encargada de realizar los estudios previos, aunado a esto, en la época en que se celebró el contrato no había claridad sobre la carencia de

fundamentos jurídicos para la contratación de las pólizas de vida, además, era una conducta que se realizaba desde el año 2000.

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

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

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

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

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

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.**¹
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

¹ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si la actuación del presunto responsable 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).”² (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: **“La ley distingue tres especies de culpa o descuido. *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)**” (subrayado y negrilla fuera del texto original)³.

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

Ahora bien, al analizar el fallo expedido por la Contraloría tenemos que se estableció una culpa grave del presunto responsable por los siguientes motivos:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

Así las cosas, no es justificable para el gerente de la Entidad que es el encargado de ordenar el gasto y de velar porque los recursos públicos de su entidad se ejecuten de manera adecuada justifique su actuar en un "trafico usual de la gestión" de que como la contratación o compra de las pólizas de vida se realizaban desde hace más de 15 años, solo por esa razón estaba bien y acorde a la normatividad vigente, esta justificación haría entonces que así una conducta este mal o no acorde a la normatividad legal vigente si se hace por varios años se convierte en una conducta que no puede ser reprochada.

Lo anterior demuestra que el Gerente del Hospital Universitario San José de Popayán no actuó con la debida diligencia para el manejo de los negocios ajenos entendidos en este caso como los negocios públicos y no los atendió como si fueran los propios.

Contario a lo anterior, si bien el presunto responsable era el gerente de la Entidad y ordenaba el gasto, no es menos cierto que él no diseño los estudios previos y mucho menos actuó de manera negligente, pues, según lo que se le informó a la Contraloría, existía una convención colectiva que autorizaba la contratación de esas pólizas de seguro de vida (como se explicó en el acápite precedente), aunado de esto, para el año 2016 no existía claridad sobre si estaba o no derogado los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968, dado que tales artículos fueron recopilados por el Decreto 1083 de 2015 (Sector de Función Pública), lo que incluso provocó la expedición del concepto del Consejo de Estado⁴. Igualmente, la contratación de esta modalidad de póliza se realizaba de manera anual desde el año 2000 conforme a lo probado dentro del proceso, lo que evidencia que era una conducta repetitiva de la entidad y que el presunto responsable no fue el determinante para que se realizara.

En consecuencia, no es cierto que la conducta del presunto responsable puede ser catalogada con culpa grave, pues tal y como quedó probado, dicha contratación se realizó debido a la existencia de

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, CP: edgar gonzález lópez, rad. 11001-03-06-000-2017-00096-00(2344)

una convención colectiva, la cual la Contraloría no solicitó que se aportara, teniendo conocimiento de la existencia de esta; además, esta conducta se realizaba anualmente desde el año 2000, por tanto, el presunto responsable no influyó en que se desarrollara dicha contratación. Igualmente, para la época del hecho, no existía absoluta claridad sobre si los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968 se encontraban derogados, pues, fueron recopilados en el Decreto 1083 de 2015 (Sector de Función Pública), por ello, su derogación es algo que todavía puede ser incluso objeto de debate.

C. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN FISCAL

Es menester indicar que la acción fiscal se encuentra prescrita, pues, el auto de apertura e imputación data del 06 de agosto de 2019 y el fallo con responsabilidad fiscal fue proferido el 28 de octubre de 2024, es decir, superando el plazo de los 5 años a que hace referencia el artículo 9 de la Ley 610 del 2000, aunado a esto, todavía no existe una decisión de fondo en firme.

La Ley 610 del 2000 que rige los asuntos fiscales, en su artículo 9 establece el termino de prescripción y caducidad de la acción, al respecto dicho artículo reza:

ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.

Del texto normativo anterior, podemos evidenciar que la Ley es muy clara al establecer un termino de 5 años contados desde la expedición del auto de apertura, y en caso concreto tenemos que

dicho auto se expidió el día 06 de agosto de 2019, evidenciándose así, que el auto de fallo fue promulgado extemporáneamente, y en todo caso, hasta el día de hoy, que se presenta este recurso, todavía no existe una decisión en firme.

Se puede concluir que, en el presente asunto, la acción prescribió toda vez que hasta el momento no se cuenta con una decisión de fondo en firme, aunado a esto, el fallo con responsabilidad fiscal se expidió el día 28 de octubre de 2024, es decir, superando el plazo de los 5 años que delimita la norma.

CAPITULO III. REPAROS CONCRETOS FRENTE A LA IMPROCEDENTE RESPONSABILIDAD QUE SE LE ENDILGA A LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Es esencial que el ente de control fiscal tenga claro que la vinculación de la Compañía Aseguradora en este tipo de causas debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de la póliza invocada para requerir su vinculación, siendo menester la sujeción a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal, para determinar si es o no procedente su vinculación.

Se recuerda que el único nexo que tiene la Compañía en el asunto fiscal es por responsabilidad civil, precisamente en razón a que del contrato de seguro se deriva única y exclusivamente su participación en el proceso y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya lesiva para el erario público, por lo que su responsabilidad se circunscribe a una de tipo civil o contractual, pero no fiscal, debiendo registrarse precisamente por lo establecido en el derecho comercial sobre este particular.

No obstante, la contraloría omitió analizar las condiciones generales y particulares de las pólizas vinculadas, limitándose a señalar que la misma presta cobertura para el caso concreto, aun cuando se encontraba que no prestaban cobertura y, adicionalmente, no se acreditó la ocurrencia del riesgo asegurado, por carencia de una conducta gravemente culposa o dolosa.

En virtud de lo anterior, se procederán a exponer las razones por las cuales debe revocarse el fallo

con responsabilidad fiscal y desvincular a mi prohijada del presente proceso.

A. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CUENTA QUE LA PÓLIZA NO PRESTABA COBERTURA TODA VEZ QUE LA CONDUCTA SE VENIA MATERIALIZANDO MUCHOS AÑOS PREVIOS AL INICIO DE VIGENCIA DE LA PÓLIZA.

Se debe tener presente que existió un hecho complejo o de tracto sucesivo que inició muchos años previos a la vigencia de la póliza, concretamente desde el año 2000, así, la Contraloría no debía afectar la póliza de manejo global No. 1000287 anexo 0 y anexo 8, pues, el riesgo inició casi 16 años antes de su vigencia.

Dada la naturaleza de la obligación que contrae el asegurador, resulta de gran importancia la determinación del momento exacto a partir del cual aquel asume el riesgo que le es trasladado y así mismo, la hora y el día hasta los cuales va tal asunción, puesto que únicamente estará obligado a ejecutar la prestación a su cargo cuando el riesgo se realice dentro de ese lapso, es decir si el siniestro se presenta dentro de esos límites temporales. Al respecto, el artículo 1073 del C. de Co., relativo a la responsabilidad del asegurador, establece:

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.

De acuerdo con lo anterior, el legislador sólo concede el derecho de indemnización a cargo del asegurador, cuando el riesgo se realiza o inicia su realización dentro del periodo amparado por la respectiva póliza; se entiende entonces que si el riesgo se realiza o inicia su realización antes de que inicie la vigencia del seguro, la póliza no ofrecerá cobertura para dicho siniestro, caso contrario

ocurre, si el siniestro inicia en vigencia de la póliza y se prolonga hasta después de la finalización de su vigencia.

Corolario de lo expuesto, en el concepto CGR- OJ - 094 de 2018, identificado con el número de radicado 20171E0055329, emitido por la Contraloría General de la República, se realiza un análisis exhaustivo en relación con los actos de tracto sucesivo, así:

Fruto de lo anterior, es que la identificación del momento en que se genera el daño debe determinarse para cada caso, según sus especificidades, toda vez que no todos los hechos generadores del mismo se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo.

En desarrollo de lo anterior, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce.

[...]

En lo que respecta al daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por el, aquel que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de este o si se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. (Sección tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Expediente No. 18805. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Y en época más reciente: Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 31.135. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero).

Ahora bien, el artículo 9º de la Ley 610 del 2000, relativo al termino de caducidad establece:

ARTÍCULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto (...).

En los anteriores términos, debe entenderse que, si bien la caducidad de la acción en los daños de tracto sucesivo inicia al finalizar el último hecho o acto, para el contrato de seguros si el hecho o actos iniciaron previó a la vigencia del contrato y terminó durante su vigencia, no se entiende amparado.

Así, en el caso concreto se tiene que la póliza No 1000287 vigente desde el 10 de enero de 2015 prorrogada hasta el 01 de enero de 2017, se pactó bajo la modalidad de ocurrencia, aunado a esto, la Contraloría encontró probado que el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E adquirió las pólizas de seguro de vida desde el año 2000. Es decir, el hecho inició a configurarse desde el año 2000, por tanto, era un daño continuado, tal como se evidencia en las páginas 29 y 30 del fallo con responsabilidad fiscal:

Teniendo en cuenta lo anterior para el despacho es claro, que a pesar de que la Oficina Jurídica y la Oficina de Talento humano del Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E no haya certificado los tiempos en los que la entidad efectivamente adquirió las pólizas de seguro de Vida en años anteriores al 2016, está probado que entre los años 2014 a

2016 si se adquieren las pólizas de seguro de vida de acuerdo a la certificación expedida por la oficina jurídica del HUSJ, sin embargo con la relación de pólizas de vida que fue expedida por la Previsora S.A compañía de seguros se prueba que el Hospital Universitario San José de Popayán adquirió Pólizas de Seguro de Vida para sus empleados desde el año 2000.

En ese sentido, el acto administrativo desconoce las normas superiores, en primer lugar, por el desconocimiento del artículo 1073 del C. Co., y en segundo lugar, porque como ya se explicó, el daño al patrimonio es un único daño, indiferente de que se haya venido consumando durante varias

vigencias, y este inició desde el año 2000. Por ello, mal haría la Contraloría en trasladarle la responsabilidad a la aseguradora de responder por un siniestro que inició antes de la entrada en vigencia de la Póliza No 1000287 y que continuó en vigencia de la misma, pues en este caso, claramente se configura la excepción prevista de responsabilidad en cabeza del asegurador, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1073 del Código de Comercio: *“Pero si inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro”*

En conclusión, sin aceptar responsabilidad alguna y a modo de ilustración debe indicarse que la Póliza No 1000287 no puede ser objeto de afectación, pues, al tratarse de un daño continuado que inició previo a la vigencia de la póliza, no puede pretender la Contraloría que sea la aseguradora la encargada de responder por este.

B. LA CONTRALORÍA NO TUVO EN CONSIDERACIÓN QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA POR NO HABERSE CONFIGURADO EL RIESGO ASEGURADO.

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

En otras palabras y recapitulando las conclusiones a las que se llegó al inicio del escrito, resulta evidente la improcedencia jurídica y fáctica de declarar la existencia de dicha responsabilidad fiscal,

por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se vislumbra ni acredita un patrón de conducta que demuestre una actuación gravemente culposa o dolosa en cabeza de los presuntos responsables. Todo lo contrario, lo que se demostró es que al momento en que se adquirió la póliza de vida no había claridad sobre la normatividad aplicable, pues el decreto único reglamentario sector trabajo recopilaba los artículos 34 y 35 del Decreto Ley 3135 de 1968, además, era una conducta que se realizaba desde el año 2000 y que se fundamentaba en una convención colectiva.

De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal del presunto responsable fiscal, ello automáticamente conlleva a que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado de la póliza No 1000287 vigente desde el 10 de enero de 2015 prorrogada hasta el 01 de enero de 2017.

En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que revocar la decisión y desvincular a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS del proceso de responsabilidad fiscal de marras.

C. LA PARTE RESOLUTIVA NO ES CLARA AL ESTABLECER LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Se debe tener presente que la Contraloría no estableció en la parte resolutive de su decisión cuánto es el monto por el que eventualmente deba responder mi representada en razón a las condiciones del seguro, se debe tener presente que, si bien se hace una breve manifestación de este asunto en la parte considerativa, la parte resolutive guardó total silencio sobre esto.

Es menester indicar que la póliza por la cual fue vinculada mi prohijada establece unos límites del valor asegurado, que es sujeto a disponibilidad, asimismo, es de gran importancia también señalar que la póliza cuanta con unos deducibles aplicables, que para el caso concreto, si bien la Contraloría lo reconoce y hace una breve mención sobre estos en la parte motiva, no es menos cierto que la

parte resolutive del acto administrativo no es clara al indicar cuánto es el monto por el que eventualmente deba responder mi representada en razón a las condiciones del seguro. Por ello, dicho monto debe quedar claro en el fallo, en caso de que todavía se considere a mi representada como tercera civilmente responsable, y dicha suma deberá respetar las condiciones de la póliza, tales como limite del valor asegurado, disponibilidad del valor asegurado y el descuento del deducible aplicable.

IV. PETICIONES

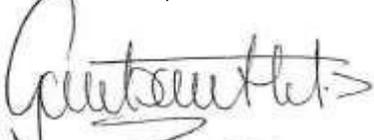
PRIMERO: Comedidamente, solicito se REVOQUE INTEGRAMENTE el **AUTO 25-FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL** del 28 de octubre de 2024, proferido dentro del proceso de la referencia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables.

SEGUNDO: Comedidamente, solicito se sirva **ABSOLVER** de toda condena a la **PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS** como tercero civilmente responsable, en la medida que la Póliza de manejo global No. 1000287 anexo 0 y anexo 8, no presta cobertura por los argumentos expuestos previamente y, adicionalmente, porque las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas.

CAPÍTULO V. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibirán notificaciones físicas en la Avenida 6 A Bis No. 35N-100 Oficina 212 de la ciudad de Cali (V); correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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

Cali - Av 6A Bis #35N-100. Of. 212. Cali, Valle del Cauca,
Centro Empresarial Chipichape
+57 315 577 6200 - 602-6594075

Bogotá - Calle 69 No.04-48 Of. 502, Ed. Buro 69
+57 3173795688 - 601-7616436