

Bogotá, 9 de abril de 2024

Respetados Doctores

ASUNTO: Concepto de viabilidad de interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre la viabilidad de interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos proferidos por la Contraloría General de la República Gerencia Departamental del Cauca, dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF-2020-00284 es concluyente indicar que resulta procedente bajo la tesis de falsa motivación, como quiera que no se tuvieron en cuenta varios aspectos sustanciales frente al contrato de seguro.

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

Inicialmente es que el proceso de responsabilidad fiscal en cuestión, tuvo por objeto investigar las presuntas irregularidades relacionadas con el pago de nómina vigencia 2018 y 2019, de la Secretaría de Educación Municipal de Popayán, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de sesenta millones cuatrocientos setenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$60.478.465), vinculando como presunta responsable fiscal a la señora Marly Johana Flor Cantero, Profesional Universitario 1 de la oficina de Nomina del Área Administrativa y Financiera de la Entidad.

1. El 22 de noviembre de 2023 la Gerencia de la Contraloría Departamental del Cauca profirió Auto de Imputación No. 643, en el que resolvió lo siguiente:

“(…) ARTICULO SEGUNTO: IMPUTAR RESPONSABILIDAD FISCAL dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2020-00284, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído y de conformidad con el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, que se adelanta con ocasión del daño patrimonial causado a los intereses patrimoniales del MUNICIPIO DE POPAYAN NIT: 891.580.006, que se estima en cuantía sin indexar de SESENTA MILLONES SETECIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$60.709.676) a cargo de la señora MARLY JOHANA FLOR CANTERO identificada con cedula de ciudadanía No. 48.574.924 quien ostentó el Cargo en la Entidad Profesional Universitario 1 del área Administrativa y Financiera—área de nómina de la Secretaría de Educación Municipal, para la fecha de los hechos.

TERCERO: MANTENER VINCULADA como Tercero Civilmente Responsable a la compañía Aseguradora PREVISORA S.A identificada con el 860.002.400-2 como garante en virtud de las pólizas No.3000184, expedida el 27 de diciembre de 2018-30 octubre de 2019 con una vigencia del 21-12-2018 a 26- 10-2019 y 26-10-2019 a

YMLM

15-03-2020 respectivamente No.300160, expedida el 26 de diciembre de 2017 y 29 de noviembre de 2018 con una vigencia del 27/12/2017 a 27/11/2018 y 27/11/2017 a 21/12/2018, para amparar, entre otros, el manejo oficial y fallos con responsabilidad, conforme al valor asegurado y deducibles fijados (...)

2. El 18 de diciembre de 2023, se presentó pronunciamiento en contra del Auto de Imputación No. 643 del 22 de noviembre de 2023, en el que se solicitó el desistimiento de la investigación de responsabilidad fiscal y, en consecuencia, la desvinculación de La Previsora S.A., Compañía de Seguros.
3. El 31 de enero de 2024, la Gerencia de la Contraloría Departamental del Cauca profirió Fallo con Responsabilidad Fiscal, en el que se declaró como tercero civilmente responsable a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y afectó las siguientes pólizas:

“(...) Pólizas de seguro No. 3000160 con fecha de expedición 26/12/2017 vigencia desde las 00:00 horas del 27/12/2017 hasta las 00:00 horas del 27/11/2018 y póliza 3000160-1 Fecha expedición 29/11/ 2018 vigencia desde las 00:00 horas del 27/11/2018 hasta las 00:00 del 21/12/2018 valor asegurado \$800.000.000 riesgos amparados cobertura de manejo oficial, se desprende un deducible del 4% sobre el valor de la pérdida. y fallos con responsabilidad fiscal, sobre este amparo no se desprende un deducible, afectándola en cuantía indexada de SESENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS MCTE (\$65.064.089)

Póliza de seguro No. 3000184 con fecha de expedición 27/12/2018 vigencia desde las 00:00 horas del 21/12/2018 hasta las 00:00 horas del 26/10/2019 y póliza 3000184-1 Fecha expedición 30/10/2019 vigencia desde las 00:00 horas del 26/10/2019 hasta las 00:00 horas del 15/03/2020 valor asegurado \$800.000.000 riesgos amparados cobertura de manejo oficial, se desprende un deducible del 4% sobre el valor de la pérdida. y fallos con responsabilidad fiscal, sobre este amparo no se desprende un deducible, afectándola en cuantía indexada de DIEZ SISIETE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA PESOS MCTE (\$17.558.140), acorde a la motivación de la presente providencia(...)

4. El 16 de febrero de 2024, se presentó recurso de reposición contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal del 31 de enero de 2024, en el que se solicitó se declarará que no había alcance fiscal, así mismo que se revocara el fallo en su totalidad o el numeral segundo, con el fin de que se desvinculara a La Previsora Compañía de Seguros, como tercero civilmente responsable.
5. El 20 de marzo de 2024, la Gerencia de la Contraloría Departamental del Cauca resolvió de manera desfavorable el recurso de reposición presentado, y resolvió confirmar en todas sus partes el Fallo con Responsabilidad Fiscal del 31 de enero de 2024.
6. El 22 de marzo de 2024, quedó ejecutoriado el Fallo con Responsabilidad Fiscal.
7. Por lo anterior se tiene que hasta el 22 de julio de 2024, para presentar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

8. Las pólizas vinculadas al proceso son las siguientes:

Póliza No. 3000160

1. Cobertura de Manejo Oficial (Deducible 4% sobre el valor de la pérdida min 2 smlmv).
2. Delitos Contra la Administración Pública.
3. Fallos con responsabilidad fiscal.

Póliza 3000184

1. Cobertura de Manejo Oficial (Deducible 4% sobre el valor de la pérdida min 2 smlmv).
2. Delitos Contra la Administración Pública.
3. Fallos con responsabilidad fiscal.
4. Depositos Bancarios
5. Personal no identificado (Deducible 4% min 2 smlmv)

En virtud de lo expuesto, el enfoque de nuestro análisis se centra en la errónea apreciación realizada por el despacho respecto a que el ente de control omitió realizar un estudio juicioso sobre las condiciones y particularidades de las pólizas vinculadas al proceso, i) porque decidió afectar dos pólizas diferentes, bajo la premisa errada de que el hecho irregular se presentó en dos vigencias, y ii) porque como ya se entrará a aclarar, en los reparos subsiguientes, decidió afectar la póliza de Manejo Global No. 300160, la cual no se encontraba vigente al momento de la ocurrencia del hecho irregular objeto de la acción fiscal, (iii) y por último no tuvo en cuenta que se presentaron varias exclusiones, la primera es que el asegurado no practique o realice un arqueo y un corte de cuentas por lo menos anualmente. La segunda, que la Entidad Estatal no tenga manuales de procedimiento y funciones en el que los deberes de cada servidor público a su servicio se definan claramente, y, además, que las funciones de cada cargo o puesto de trabajo de cualquier nivel no se hayan dispuesto de tal manera que no se permita a un mismo servidor público controlar una transacción y u operación desde su comienzo hasta su terminación o cualquier caso en el cual no haya control dual.

Por lo anterior el medio de control idóneo para controvertir la falta de motivación del Fallo Con Responsabilidad Fiscal, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, como quiera que se pretende declarar la nulidad y la reparación del perjuicio que sería el monto por el cual debe responder la aseguradora, en virtud de que fue declarada como tercero civilmente responsable.

Por lo anterior se exponen de manera concreta y detallada los argumentos bajo los cuales resultaría procedente motivar la demanda:

Hechos de tracto sucesivos:

Para el presente caso se evidencia que los hechos materia de investigación son de tracto sucesivo, toda vez que se presentaron en el año 2018 y 2019, no obstante, el Despacho consideró que las dos pólizas No. 300184 y 300160, debían ser afectadas, puesto que el daño se había ocasionado en vigencia de las dos.

YMLM

En el concepto CGR- OJ - 094 de 2018, identificado con el número de radicado 20171E0055329, emitido por la Contraloría General de la Nación, 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).”

De acuerdo con lo anterior, es claro que se configuró un defecto factico en los argumentos expuestos por parte de la Contraloría en el Fallo Con Responsabilidad Fiscal, por el desconocimiento del artículo 1073 del C .de Co.¹, y en segundo lugar, porque el daño al patrimonio es un único daño, indiferente de que se haya venido consumando durante varias vigencias, y conforme lo estipula el artículo 9º de la Ley 610 así:

“(...) 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. (...)”

Por lo anterior, al haber sido un hecho de carácter tracto sucesivo, se debe computar a partir del último hecho o acto, que sería diciembre de 2019 (fecha de la última liquidación realizada por Marly Flor Cantero en la que se evidencia irregularidades), contrario a lo que consideró la Contraloría. En ese orden de ideas la única póliza que podría ser objeto de afectación es la Póliza de Manejo Global No. 300184, vigente del 21 de diciembre de 2018 hasta el 15 de marzo de 2020. En ese sentido, no resulta plausible que se haya afectado la póliza de Manejo Global No. 300160 la cual estuvo vigente únicamente hasta el 21 de diciembre de 2018.

Inexistencia de cobertura temporal de la póliza de manejo No. 3000160

¹ “ARTÍCULO 1073. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR SEGÚN EL INICIO DEL SINIESTRO. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume 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.”

Se probó con suficiencia que el hecho derivado del presunto daño se entiende configurado en diciembre de 2019 (fecha de la última liquidación realizada por Marly Flor Cantero en la que se evidencia irregularidades). Entonces, al tratarse de un daño continuado o de tracto sucesivo, se tiene en cuenta el último hecho y/o acto que materializó el daño patrimonial y se plantea esta fecha (diciembre de 2019) como fecha de acaecimiento del presunto hecho irregular. Pues bien, la póliza de Seguro de Manejo No. 3000160 no presta cobertura temporal, esto si se tiene en cuenta que la misma fue tomada bajo la modalidad de cobertura denominada ocurrencia para la vigencia comprendida entre el 27 de diciembre de 2017 y el 21 de diciembre de 2018. En virtud de lo anterior, ésta se podría afectar solo si el siniestro hubiese ocurrido dentro del periodo de vigencia pactado en el seguro.

Ahora bien, dentro de las consideraciones del fallo con responsabilidad fiscal 001 del 31 de enero de 2024, el despacho sostuvo que no había lugar para este argumento refiriendo que:

Frente a este argumento se tiene que el hecho irregular se presentó en las vigencias 2018 y 2019 épocas par las cuales estaba vigente la póliza de seguro, por la cual se vinculó en calidad de tercero civilmente responsable a la PREVISORA S.A. Compañía de seguros, por lo tanto, no hay lugar a su argumento.

Pues bien, la Contraloría fundamentó su decisión en una premisa equivocada, al afirmar que el hecho irregular se presentó en las vigencias 2018 y 2019. Este enfoque se erige sobre una interpretación errónea, dado que, como ya se expuso los hechos investigados y que son materia de la acción fiscal, correspondieron a unos de tracto sucesivo y por lo tanto, deberá tenerse en cuenta el último hecho y/o acto que materializó el daño patrimonial, y que para este caso corresponde a diciembre de 2019 fecha del último pago de nómina a los funcionarios de la secretaria de educación del Municipio de Popayán realizado de forma irregular

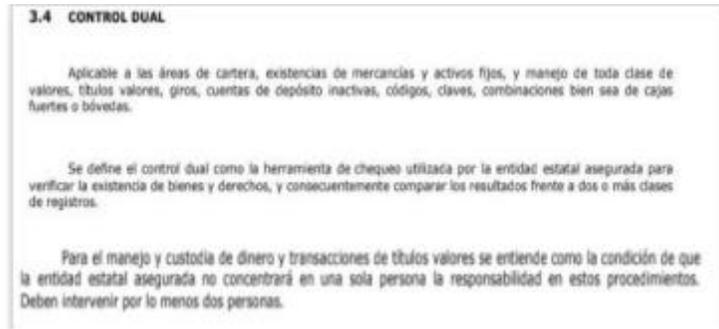
No se tuvieron en cuenta los riesgos expresamente excluidos en las pólizas.

Es importante señalar que se realizó la negación indefinida en los descargos, donde se manifestó: *"que el municipio no tenía instituido un procedimiento de control dual"*, por lo que era la Contraloría, interesada en afectar los amparos, quien debía probar en contra, es decir, que si había control dual y que ello no ocurrió. Recordemos que quien tiene la carga dentro del proceso de responsabilidad fiscal es la Contraloría, por lo tanto, es quien debe probar cada uno de sus argumentos.

En primer lugar, y toda vez que el ente de control encontró que la señora Marly Johana Flor Cantero es responsable fiscal, se deberá tener en cuenta que, se encuentra acreditado que el Municipio de Popayán no cuenta con un control dual, dicha omisión por sí misma, constituye una causal de exclusión de las pólizas de seguros así:

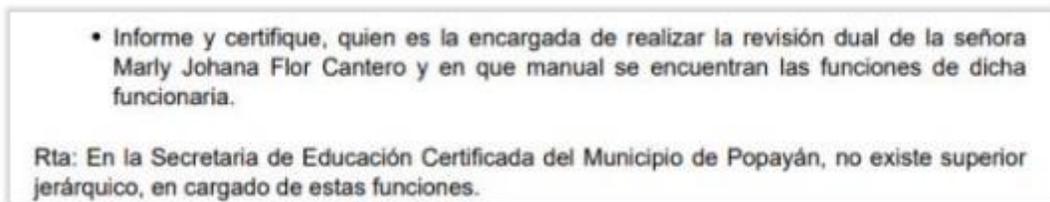
D. QUE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA NO TENGA UN MANUALES DE PROCEDIMIENTOS Y FUNCIONES EN EL QUE LOS DEBERES DE CADA SERVIDOR PÚBLICO A SU SERVICIO SE DEFINAN CLARAMENTE Y, ADEMÁS, QUE LAS FUNCIONES DE CADA CARGO O PUESTO DE TRABAJO DE CUALQUIER NIVEL NO SE HAYAN DISPUESTO DE TAL MANERA QUE NO SE PERMITA A UN MISMO SERVIDOR PÚBLICO CONTROLAR UNA TRANSACCIÓN Y/O OPERACIÓN DESDE SU COMIENZO HASTA SU TERMINACIÓN O CUALQUIER CASO EN EL CUAL NO HAYA CONTROL DUAL.

Para todos los efectos, se deberá entender la figura de control dual bajo la definición contemplada en las condiciones generales de la Póliza Global de Manejo Sector Oficial:



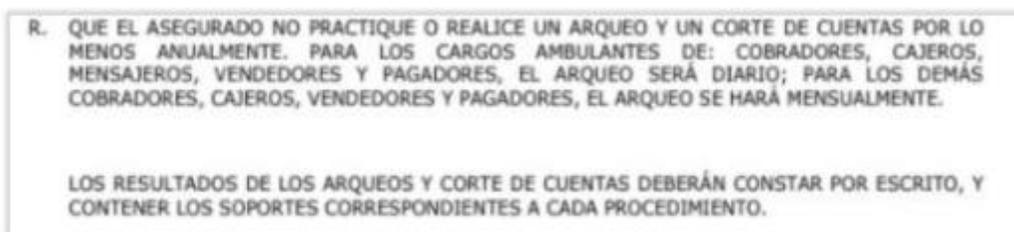
De conformidad con lo anterior, y partiendo de la definición contenida en el numeral 3.4., precitado, debían intervenir al menos dos personas. Dándose de este modo, y en caso de que se configure la ausencia de control dual, contenido en las condiciones de las Pólizas, se darían los elementos facticos para que mi representada no responda o sea obligada a indemnizar valor alguno.

Ahora bien, obra en el expediente respuesta en oficio con radicación interna SGDC 2021ER0178936 del 13 de diciembre de 2021 mediane el cual la secretaria de Educación del Municipio de Popayán Dra. Leyla Alexandra Muñoz da respuesta a la solicitud referida seguidamente en los siguientes términos:



Lo anterior deja evidenciado la configuración de la ausencia de control dual, requisito indispensable si se tiene en cuenta que entre las funciones de la señora Marly Johana Flor se encontraba la de *“administración de nómina y realizar la liquidación de pre-nómina y nomina, con el fin de garantizar el pago oportuno y real de los salarios y prestaciones de los funcionarios de la secretaria de educación del Municipio de Popayán”*.

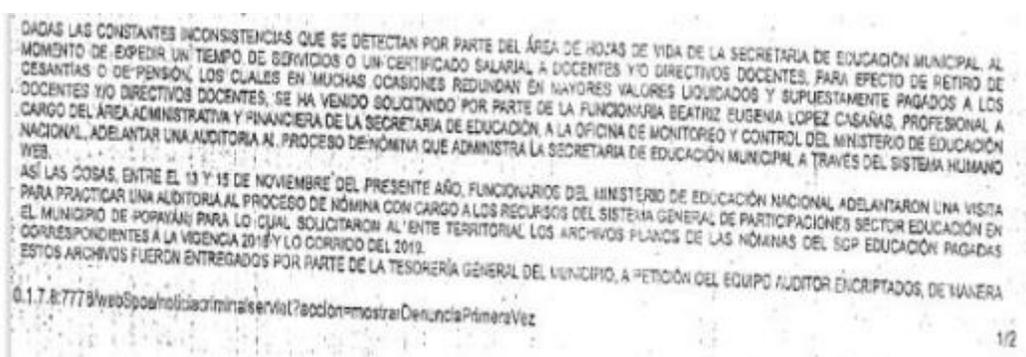
Por otro lado, se encuentra acreditado que, el Municipio de Popayán no realizó un arqueo mensual y un corte de cuentas a la labor de la presunta responsable fiscal, dicha omisión, constituye por sí misma, una causal de exclusión de las pólizas de seguros que en este caso nos convocan.



YMLM

El presunto detrimento patrimonial se encuentra por una visita del Ministerio de educación y no por un arqueo, control o auditoria propia. Tan es así, que en el mismo formato de hallazgo fiscal se determinó que al parecer, el presunto detrimento se dio por deficiencias en los procesos de liquidación de nómina y la ausencia de mecanismos de control y monitoreo que precaviesen pagos injustificados

Así mismo en el relato de los hechos de la denuncia instaurada por el señor Carlos Arturo Calero Díaz ante la Fiscalía General de la Nación, se indica que se solicitó una auditoría externa a la oficina de control del Ministerio de educación y no se entiende el por qué si se tenía conocimiento de tiempo atrás de presuntas irregularidades en el manejo de la nómina, las mismas no habían sido encontradas en el proceso de arqueo, o de haberse encontrado, no se entiende por qué el ente de control interno no tomó las medidas correspondientes, haciendo de esta manera, más gravoso el supuesto detrimento.



Corolario a lo anterior, encontramos que en el formato de hallazgo fiscal la entidad indicó que la secretaria de Educación Municipal a través del área administrativa y financiera ya había solicitado en repetidas ocasiones, de manera verbal al equipo asesor de la dirección de fortalecimiento y control al Ministerio de Educación, la necesidad de adelantar una auditoria al proceso de liquidación y pago de nómina. No obstante, no se entiende el por qué la entidad tuvo que esperar a que se practicara una intervención por parte de un agente externo para empezar a tomar medidas y para poner en conocimiento de los entes de control dicha situación. Maxime aun cuando no solo son causales de exclusión del contrato de seguros si no obligaciones suyas como realizar el arqueo de cuentas, establecer un control interno y en general, y velar por la apropiada gestión de los recursos públicos que maneja, sean propios o no.

Sea lo primero manifestar a usted, que fue la misma Secretaria de Educación Municipal a través del área Administrativa y Financiera, quien solicitó en repetidas ocasiones, de manera verbal al equipo asesor de la Dirección de Fortalecimiento y Control del Ministerio de Educación, la necesidad de adelantar una auditoria al procedimiento de liquidación y pago de nómina con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones sector educación, dadas las constantes diferencias que se presentan al momento de expedir un certificado de salarios y tiempos laborados, que redundan en muchas ocasiones en mayores valores pagados a los servidores públicos (docentes).

Así las cosas y atendiendo la solicitud, en visita de seguimiento en el marco del Decreto 028 de 2008 y Ley 715 de 2001, adelantada por funcionarios de la Oficina de Monitoreo y Control del Ministerio de Educación, se adelantó la verificación de los archivos planos suministrados por la funcionaria Marly Johana Fior Cantero, Profesional a cargo del área de nómina de la Secretaria de Educación del Municipio de Popayán vs. los archivos planos entregados por la Tesorería General del Municipio, a través de los cuales se efectuó la dispersión de los pagos por concepto de nómina a los diferentes servidores públicos adscritos a esta unidad administrativa, así como la revisión de algunos desprendibles de pago, correspondientes a la vigencia 2018 y hasta el mes de octubre de 2019, evidenciándose la supuesta manipulación de los archivos planos entregados a Tesorería, hallazgo que fue puesto en conocimiento de los Entes de Control por parte de la Oficina de Control Interno del Municipio de Popayán, previa solicitud efectuada por la Secretaria de Educación Municipal y el Ministerio de Educación.

Así las cosas, resulta evidente que el Municipio de Popayán no fue diligente en con el cuidado de los recursos que tiene a su cargo porque no realizó os respectivos controles internos (arqueos, conciliación de cuentas bancarias, etc.) al manejo de la nómina al interior de la Secretaría de Educación Municipal de Popayán, aun cuando al parecer era de su conocimiento que se estaba presentado un presunto desvío de los recursos del Sistema General de Participación Sector Educación a funcionarios suyos.

Al respecto es menester señalar que, en la póliza de Manejo Global Sector Oficial, se estableció como causal de exclusión, el hecho de que el Municipio de Popayán no hubiere realizado la respectiva conciliación mensual de todas sus cuentas bancarias.

T. QUE LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA NO REALICE MENSUALMENTE CONCILIACIÓN DE TODAS SUS CUENTAS BANCARIAS.

Si bien el área de contabilidad del Municipio de Popayán dio respuesta anexando el procedimiento de las conciliaciones bancarias, y el flujograma del paso a paso del procedimiento a seguir, esto por sí solo no constituye prueba de que efectivamente dicho procedimiento se hubiere llevado a cabo.

No obstante, es importante señalar que, estas exclusiones no se encontraban en el documento de la póliza ni en la primera página de las condiciones, por lo tanto, en un proceso su oponibilidad quedará entre dicho.

Conclusiones

En tal sentido, y conforme al equívoco análisis que realizó la Contraloría, existen tres argumentos fundamentales para interponer el medio de control:

El primero seria que la Contraloría decidió afectar dos pólizas diferentes, bajo la premisa errada de que el hecho irregular se presentó en dos vigencias, omitiendo por completo que frente a hechos tracto sucesivos se debe tomar la última fecha, que sería diciembre de 2019 (fecha de la última liquidación realizada por Marly Flor Cantero en la que se evidencia irregularidades).Lo

YMLM

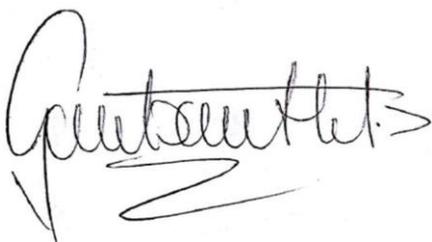
anterior constituye para ser declarado nulo, debido a que hay una falsa motivación y violación a la ley sustancial o procesal.

En segundo lugar, la Póliza de Manejo Global No. 300160, no presta cobertura temporal, esto si se tiene en cuenta que la misma fue tomada bajo la modalidad de cobertura denominada ocurrencia para la vigencia comprendida entre el 27 de diciembre de 2017 y el 21 de diciembre de 2018, en consecuencia, no podría ser afectada, como quiera que el presunto daño ocurrió en diciembre de 2019. Por lo anterior es claro que hay una violación de la ley sustancial o procesal en este reparo.

Por último, tenemos que no se tuvieron en cuenta las exclusiones del contrato de seguro, puesto que la Entidad no realizó un adecuado seguimiento y control a las cuentas, siendo esta una obligación de la misma y una clara exclusión en virtud de lo reseñado en el contrato de seguro. debido a lo anterior es claro que hay una falsa motivación y violación de la ley sustancial o procesal.

Por lo expuesto anteriormente, al haber estudiado el caso y considerado cada una de las opciones para interponer el medio de control, la posición es clara, en advertir que no se tuvieron en cuenta varios presupuestos en virtud del contrato de seguro por parte de la Contraloría al proferir el Fallo Con Responsabilidad Fiscal. Es importante indicar que se tiene hasta el 22 de julio de 2024 para interponer el medio de control.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.