

Señores

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS (REPARTO)**

E. S. D.

**REFERENCIA:** DEMANDA POR EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**DEMANDANTE:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C.

**DEMANDADOS:** DEPARTAMENTO DE CALDAS - CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No.19.395.114 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con NIT No. 860.524.654-6, , respetuosamente acudo ante su Despacho para formular demanda por el **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, de conformidad con el artículo 138 y 161 de la Ley 1437 de 2011 en contra del **DEPARTAMENTO DE CALDAS – CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS** representada por el señor DIEGO ALEJANDRO TAPASCO LÓPEZ, en su calidad de Contralor General de Caldas (E), o quien haga sus veces; con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos que a continuación se relacionan: i) Auto de imputación No. 004 del 31 de mayo de 2022; ii) Fallo No. 005 del 28 de agosto de 2022 y; iii) Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022 por medio del cual se resuelve un recurso de reposición, así como todos los actos administrativos que se profirieron o profieran por parte del ente de control fiscal con ocasión al proceso de responsabilidad fiscal No. PRF 2019-039, los cuales declararon la ocurrencia del siniestro e hicieron efectiva la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. 500-87-994000000056; y a su vez, se ordene el restablecimiento del derecho, conforme a las siguientes consideraciones de orden fáctico y jurídico:

## DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

Las partes que integran el presente contradictorio son las siguientes:

### **PARTE DEMANDANTE:**

- **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA ENTIDAD COOPERATIVA**, sociedad legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con NIT 860.524.654-6, representada legalmente por el señor JOSÉ IVÁN BONILLA PÉREZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.520.827.
- **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE:**

El suscrito, **GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.385.114 expedida en Cali, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 39.116 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, con dirección de notificación física en la Calle 69 No 4 – 48, oficina 502 de la Ciudad de Bogotá y dirección electrónica: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co).

### **PARTE DEMANDADA:**

- **DEPARTAMENTO DE CALDAS – CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS**, órgano de control del Estado de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal representada legalmente el señor DIEGO ALEJANDRO TAPASCO LÓPEZ, en calidad de Contralor General (E) o quien haga sus veces; con dirección de notificación física en la Calle 23 No. 22-45 de la ciudad de Manizales, Caldas y electrónica a los correos: [info@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:info@contraloriageneraldecaldas.gov.co), [oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co) y [notificacionesjudiciales@caldas.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@caldas.gov.co)

## ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTROVERTIDOS

1. Auto de imputación No. 004 del 31 de mayo de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.

2. Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.
3. Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039, notificado por Estado No. 108 del 25 de agosto de 2022.
4. Demás actos administrativos que los integren aclaren, adicionen, modifiquen, les sean accesorios, consecuentes o subsiguientes; proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.

## PRETENSIONES

### PRETENSIONES PRINCIPALES

**PRIMERA:** Que, una vez surtido el trámite correspondiente, se **DECLARE LA NULIDAD** total de los siguientes actos administrativos, proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039:

1. Auto de imputación No. 004 del 31 de mayo de 2022, expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039, por medio del cual se vinculó como tercero civilmente responsable a mí representada **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, con fundamento en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. **500-87-994000000056**, con vigencia del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019
2. Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022, expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en cuantía de **VEINTIÚN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$21.950.342)**; afectándose la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. **500-87-994000000056**.

3. Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022, expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039, por medio de la cual se resolvió **NO** reponer el fallo con responsabilidad fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022, el cual fue notificado por estado No. 108 del 25 de agosto de 2022.
4. Demás actos administrativos que los integren aclararen, adicionen, modifiquen, les sean accesorios, consecuentes o subsiguientes; proferidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039.

**SEGUNDA:** Que además de nulitados los actos administrativos descritos, solicito se **DECRETE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** al que haya lugar, incluyendo el pago de toda suma de dinero que se hubiese cancelado por parte de mi representada con ocasión de tales actos administrativos, en concreto de lo siguiente:

1. Ruego se ordene a la demandada a restituir la totalidad de los valores que mí representada haya pagado, desembolsado o cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.
2. Que se declare que mí representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. **500-87-994000000056**, por el monto señalado por el ente de control fiscal, toda vez que está acreditada la falta de cobertura temporal de la póliza en mención, dada su modalidad *Claims Made*, situación que fue desconocida por el ente de control al imponer la obligación de indemnizar.
3. Que se declare que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a afectar la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. **500-87-994000000056**, por el monto señalado por el ente de control fiscal, toda vez que acaeció la terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la obligación de notificarle alteraciones en el estado del riesgo, en la medida que el auto de apertura se expidió el 13 de noviembre de 2019 y la vinculación a la aseguradora fue hasta el 31 de mayo de 2022.

**TERCERA:** **PAGAR** a **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, el valor correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hayan pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, réditos que deberán liquidarse a la

Página 4 de 59

tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento, conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999 con ocasión de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos No. **500-87-994000000056**; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas anteriormente indicadas.

**TERCERA SUBSIDIARIA:** En subsidio de la pretensión anterior, se **CONDENE** al DEPARTAMENTO DE CALDAS – CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS a pagar a mi representada las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, debidamente indexadas.

**CUARTA:** Prevenir a las demandadas para que den estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad con los artículos 187 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

**QUINTA:** Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

### **HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES**

En este capítulo se presentarán los hechos en los que encuentra fundamento esta demanda, conservando una estructura lógica en cuatro (4) acápites:

- El primer acápite corresponde a los hechos generales sobre este proceso.
- En el segundo acápite se presentarán los hechos relacionados con la expedición del Fallo con Responsabilidad Fiscal dentro del proceso PRF 2019-039.
- En tercer lugar, se planteará un acápite de hechos relacionados con la expedición de los actos administrativos dentro del proceso PRF 2019-039, con desconocimiento y violación de norma superior y a través de una falsa motivación, por cuanto está acreditada la falta de cobertura temporal de la póliza en mención.
- Finalmente, en el cuarto acápite, se expondrán los hechos relativos a la expedición de los actos administrativos con desconocimiento de derecho de audiencia y defensa, en tanto que se modificó la póliza que fundamentó la vinculación de la aseguradora que represento reconocida en la imputación e, incluso, en el fallo con responsabilidad fiscal, en el auto que resolvió el recurso de reposición que, por disposición del CPACA y la Ley 610 de 2000, no es susceptible de recurso y, por ende, de ejercer el respectivo derecho de defensa y contradicción.

## HECHOS GENERALES

**PRIMERO:** Mediante el Acuerdo No. 01 de 2016, la Junta Directiva de la Empresa Municipal de Aseo de Riosucio, CALDAS, EMSA E.S.P. fijó la escala de viáticos para los servidores públicos y trabajadores que conforman la planta de la empresa, así:

*Artículo 1 <DE LA CUANTÍA DE LOS VIÁTICOS>: A partir de la vigencia del presente Acuerdo, los servidores públicos al servicio de LA EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO DE RIOSUCIO CALDAS EMSA S.A. E.S.P., tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos del 10% del salario devengado al momento de la comisión de servicios.*

(...)

*PARÁGRAFO 2°. De acuerdo con lo anterior, cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, solo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.*

*PARÁGRAFO 3°. Los servidores públicos, entre los que se incluyen empleado y trabajadores oficiales de la Empresa prestadora del servicio de aseo de Riosucio Caldas EMSA, S.A. E.S.P. que por razón de sus funciones deban cumplir una comisión de servicio fuera del lugar de su sede habitual de trabajo, tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje. Para tener este derecho deberá acreditar una certificación de viáticos firmado por un representante de la entidad a la que asista y un informe a Gerencia referente a las gestiones o actividades realizadas durante el día o tiempo de la comisión”.*

**SEGUNDO:** Para la vigencia 2019, la Junta Directiva expidió el Acuerdo No. 01 del 04 de enero, por medio del cual ajusta la escala de viáticos, en acatamiento del Decreto Nacional 333 del 19 de febrero de 2018, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, los cuales se aprobaron teniendo en cuenta no exceder los topes máximos de este decreto y proporcionales a la escala salarial de la empresa, estos viáticos a su vez ESTARÁN DESTINADOS A PROPORCIONAR, al empleado manutención y alojamiento. La empresa, por lo tanto, reconocerá el valor del transporte, ida y vuelta, al lugar de la comisión, por lo que el empleado deberá presentar el soporte de viaje correspondiente tiquetes o certificaciones. Así:

BASE DE LIQUIDACIÓN		VALOR	
A	\$0	\$898.032	\$80.000
I	\$898.033	\$1.089.814	\$98.000
	\$1.089.815	\$1.359.800	\$101.000
	\$1.359.801	\$1.712.539	\$135.000
	\$1.712.540	\$1.921.988	\$145.000
	\$1.921.989	\$2.286.847	\$160.000
	\$2.286.848	\$2.568.849	\$175.000
	\$2.568.850	\$2.900.557	\$190.200

Decreto 01 del 04 de enero de 2019. EMSA.

**TERCERO:** Así las cosas, el proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039 tuvo como origen el Hallazgo Administrativo No. 1, en el que se concluyó que: *“La Empresa Municipal del Servicio de Aseo EMSA ESP, realizó pagos por concepto de viáticos durante las vigencias 2016, 2017, 2018 y 2019 superiores a los permitidos en su Reglamentación Interna “Acuerdo No. 01 del 26 de julio de 2016” y “Acuerdo No. 01 del 04 de enero de 2019”, con presunto efecto fiscal cuantificado en \$18.846.444”, en atención a que presuntamente la entidad pagó viáticos durante las vigencias 2016, 2017, 2018 y 2019 en un cien por ciento (100%), desconociendo lo estipulado en el párrafo 1° del artículo primero del Acuerdo 01 del 23 de julio de 2016 y párrafo 2° del artículo primero de Acuerdo 01 del 4 de enero de 2019, que establecen: “(...) Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, sólo se reconocerá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado”<sup>1</sup>.*

Igualmente, considerando que en algunos casos no se acreditó la certificación de viáticos firmada por un representante de la entidad a la que asistió y no se presentó informe a Gerencia referente a las gestiones o actividades realizadas durante el día o tiempo de la comisión.

**CUARTO:** Aunado a lo anterior, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA expidió la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 500-87-994000000056 con vigencia del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019, bajo la modalidad de reclamación o *“Claims Made”*, mediante la cual se amparan: *“(…) los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad, a consecuencia de acciones, u omisiones, imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados, así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa, como consecuencia de cualquier investigación o proceso iniciado(s) por cualquier organismo de control, así como también los procesos disciplinarios internos de la Entidad. (Se incluye, per estar limitado a: procesos disciplinarios, Administrativos, Civiles,*

<sup>1</sup> Acuerdo 01 del 23 de julio de 2016 de la Junta Directiva de la Empresa Municipal de Servicio de Aseo – EMSA de Riosucio, Caldas.

*Penales, Responsabilidad Fiscal, así como los gastos de defensa de los procesos en los que se discuta la imposición de multas y sanciones contra algún funcionario asegurado), así como también los procesos de control interno de la Entidad”.*

## **HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF 2019-039**

**PRIMERO:** La **CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS**, mediante Auto No. 039 del 13 de diciembre de 2019, decidió dar apertura al Proceso de Responsabilidad Fiscal No. PRF 2019-039, en contra del señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.922.931, en calidad de gerente de la Empresa Municipal de Servicio de Aseo – EMSA E.S.P. de Riosucio (Caldas) y, en este mismo acto, vinculó como tercero civilmente responsable a ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. **500-87-99400000056, con vigencia del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019** y un valor asegurado de CIENTO MILLONES DE PESOS MCTE (\$100.000.0000).

**SEGUNDO:** Mediante Auto No. 004 del 31 de mayo de 2022, el ente de control imputó responsabilidad fiscal al señor DIEGO MAURICIO VARGAS MORENO, en su calidad de gerente de la Empresa Municipal de Servicio de Aseo – EMSA E.S.P. de Riosucio (Caldas) para la época de los hechos, luego de ser escuchado en versión libre y espontánea el día 11 de noviembre de 2021.

Así las cosas, la imputación se fundamentó en virtud de que, presuntamente, los acuerdos No. 01 del 23 de julio de 2016 y No. 01 del 4 de enero de 2019 establecieron un valor de viáticos superior al límite fijado en los decretos 231 de 2016, 1000 de 2017 y 333 de 2018, pues al realizar el cálculo de viáticos para un trabajador que devengue \$1.000.000, el ente de control concluyó que si se liquidaba con base en el 10% del salario como se determinó en los acuerdos antes mencionados, se reconocía un valor superior al límite de los decretos presidenciales en cita. Con base en lo anterior, concluyó que el gerente de la empresa de servicios públicos no podía desconocer el valor máximo de los viáticos, lo que a su criterio constituía una extralimitación en sus funciones.

Por último, en este acto se mantuvo vinculada como tercero civilmente responsable de ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud de la póliza de seguro de

responsabilidad civil de servidores públicos No. **500-87-994000000056**, con vigencia del **16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019**.

**TERCERO:** Por oficio ISP-01595-PRF07079 del 5 de julio de 2022, mi representada radicó argumentos de defensa respecto del auto de imputación de responsabilidad fiscal No. 004 del 31 de mayo de 2022, en donde advirtió que la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056 carecía de cobertura temporal, comoquiera que funcionaba bajo el sistema de aseguramiento base de reclamación *Claims Made*, lo que significa que **“(...) ESTE AMPARO SERÁ PROCEDENTE CUANDO EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEA CONOCIDO POR PRIMERA VEZ POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS, O ESTOS CONOZCAN POR PRIMERA VEZ QUE HABRÍA DE SER INICIADO EN SU CONTRA, DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO Y SE FUNDAMENTE EN ACTOS INCORRECTOS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO DE RETROACTIVIDAD OTORGADO POR ELLA”**. Negrilla por fuera del texto.

Así las cosas, considerando que la mentada póliza tenía vigencia entre el 16 de febrero de 2018 y el 16 de febrero de 2019 y, el auto de apertura se profirió el 13 de noviembre de 2019 y se notificó al responsable fiscal el 20 de noviembre de 2019, es evidente que la reclamación se efectuó por fuera de la vigencia y, en estos términos, no era posible afectar la póliza, con fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, que indica:

*“ARTÍCULO 4º. 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”.*

. Bajo esta óptica, se solicitó la desvinculación de mi prohijada al proceso de responsabilidad fiscal.

**CUARTO:** Por auto No. 005 del 29 de julio de 2022, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS procedió a dictar FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, con ocasión al

presunto detrimento patrimonial presentado en la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO DE RIOSUCIO, CALDAS, en el cual declaró como tercero civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019, con fundamento en lo siguiente:

*“Si bien es cierto, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se llevó a cabo el trece (13) de noviembre de 2019, y como manifiesta la aseguradora “el riesgo ocurrió por fuera de la vigencia de la póliza, por lo que, en términos del artículo 1072 del Código de Comercio no hay siniestro”, es necesario traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC10300-2017 del 18 de julio de 2017 donde fue precisa al explicar que en las pólizas bajo modalidad de reclamación, el siniestro es la ocurrencia del daño a un tercero, pero se consagró una formalidad adicional para que la aseguradora quede obligada al pago de la indemnización. **Así las cosas, conforme con lo manifestado en la precitada sentencia de la Corte, se debe entender que las pólizas bajo reclamación o claims made no modifican lo que se entiende por siniestro. Por lo anterior, el Despacho concluye que no se tomará en consideración lo manifestado por la apoderada de la compañía aseguradora y finalmente desestima los descargos presentados por las partes y se continua con la decisión del fallo”.***

Lo anterior, a todas luces desconoce la modalidad de seguro pactada, en atención a que la misma fue de tipo *Claims Made* o por reclamación, lo cual en nada afecta el riesgo asegurado y el significado de siniestro, sino que impone una condición temporal para que se constituya la obligación indemnizatoria de la aseguradora, esto es, que la reclamación - entendida como la notificación del auto de apertura al asegurado- se realice dentro de la vigencia de la póliza, con base en lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

Además de desconocer las condiciones pactadas en la póliza, la Contraloría General de Caldas ignoró lo dispuesto en la Circular 005 del 19 de marzo de 2020, en donde se establecieron los lineamientos para la vinculación de las aseguradoras, en los siguientes términos:

**•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.*

En virtud de lo anterior, el ente de control fiscal tenía la obligación de verificar las condiciones de la póliza y la modalidad de cobertura que, para el caso en concreto, era de tipo reclamación o *claims made*, lo que hace necesario que la notificación del auto de apertura se realice dentro de la vigencia de la póliza y, al no haberse realizado dentro de este límite temporal, la póliza carece de cobertura y no podía afectarse dentro del proceso.

**QUINTO:** El 11 de agosto de 2022, mi representada interpuso recurso de reposición contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022 insistiendo en que se desconocieron las diversas modalidades de seguro y, en concreto, la modalidad de reclamación o *Claims Made*, que cubre los amparos incluso antes de la vigencia de la póliza por la retroactividad, siempre que la reclamación se realice durante el periodo de vigencia de la misma, para el caso en concreto, esto se constituía a través de la notificación del auto de apertura al implicado.

En el mismo sentido, se citó la sentencia mencionada por el ente de control fiscal en donde, contrario a lo manifestado por dicha entidad, confirma lo señalado por mi prohijada en el escrito, en el sentido de que en esta modalidad se consagró una formalidad adicional, independiente de los elementos requeridos para la configuración del siniestro, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, es decir, la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal de cobertura.

Por lo anterior, se solicitó la desvinculación de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, considerando que la reclamación se efectuó 9 meses después de expirada la vigencia de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos No. 500-87-99400000056.

De otro lado, se argumentó la inexistencia de causalidad entre el daño y el actuar del responsable fiscal, en la medida que el señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, en su calidad de Gerente, debía cumplir con las decisiones que tomara la junta directiva de la empresa de servicios públicos, siendo esta la que expidió los acuerdos 01 de 2016 y 01 de 2019.

**SEXTO:** Por Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS resolvió los recursos de reposición interpuestos por el declarado responsable fiscal y la aseguradora, en el cual resolvió NO REPONER el fallo con responsabilidad fiscal.

En respuesta a la argumentación presentada por mi prohijada y en evidente desconocimiento a su derecho fundamental debido proceso, el ente de control fiscal reconoció que la póliza mediante la cual vinculó y declaró como tercero civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, esto es, la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-99400000056 **carecía de cobertura temporal frente a los hechos que dieron lugar a responsabilidad fiscal, sin embargo, mantuvo a esta entidad como civilmente responsable en virtud de la póliza No. 500-87-994000000076, frente a la cual no se ejerció el respectivo derecho de defensa y contradicción, más aún si se tiene en cuenta que el proceso es de única instancia y dicha variación se realizó hasta el momento en que se resolvió el recurso de reposición, lo que evidencia una transgresión flagrante al debido proceso de mi representada.**

Bajo esta óptica, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS afirmó:

*“Frente a los argumentos de la apoderada de la aseguradora, si bien es cierto, en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, se vinculó la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, este despacho considera que la compañía debe responder por la póliza emitida vigente al momento de la notificación del proceso, es decir la póliza vigente el trece (13) de noviembre de 2019, fecha en que se dio la notificación, **aceptando que tratándose de una póliza de modalidad de cobertura Claims Made, no es posible relacionar la póliza anteriormente mencionada, por lo que se relaciona al fallo la póliza de seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos N° 500-87-994000000076, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2019 al dieciséis (16) de febrero de 2020, por valor asegurado de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000=).***

*obran en el expediente dado que la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable dentro del presente proceso de antemano tenía su registro, tal como se adquirió año tras año la respectiva póliza por la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, y conoce los hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal, y por consiguiente, el pacto contractual relacionado con el evento”.*

Como vemos, aun cuando se reconoció que no era posible vincular la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, en atención a los argumentos presentados por mi prohilada, esto es, la modalidad de cobertura tipo reclamación o *Claims Made*, el ente de control fiscal adujo que la aseguradora conocía sobre la existencia de otra póliza que cubría los hechos objeto de responsabilidad fiscal y que, en virtud de ello, debía responder, desconociendo sus deberes como contraloría al vincular al tercero civilmente responsable y, en igual medida, que la carga de la prueba le correspondía a dicha entidad, siendo abiertamente contrario a la legalidad y el debido proceso corregir un yerro de tal envergadura al momento de resolver el recurso de reposición, cuando esto debió haberse analizado al momento de vincular a la aseguradora como tercero civilmente responsable.

En gracia de discusión, es evidente que al haber realizado dicha vinculación al momento de resolver el recurso de reposición, esto es, más de dos (2) años después de haber vinculado a mi prohilada al proceso de responsabilidad fiscal, operó el fenómeno de la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, a luces de lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio. En este sentido, aun cuando fuere procedente la vinculación de otra póliza en este momento procesal, frente a la misma operó la figura de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

Lo anterior es aún más grave, si se considera que no se ejerció el derecho de defensa respecto de la otra póliza que, al ser un contrato de seguro distinto y no una prórroga a la vigencia inicialmente pactada en la primera póliza, puede contener amparos o condiciones totalmente distintos a los contratados previamente, lo que deja entrever la magnitud del error en que incurrió la contraloría y, por ende, la ilegalidad de los actos administrativos que componen el proceso PRF 2019-039.

**SÉPTIMO:** En atención al magno yerro en el que incurrió la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, el 4 de octubre de 2022, mi representada solicitó la revocatoria directa del Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022 con fundamento en la causal 3° prevista en el artículo 93 del CPACA, esto es, *“cuando con ellos se cause agravio injustificado a una*

*persona*”, en la medida que resultaba totalmente improcedente vincular al proceso de responsabilidad fiscal la póliza No. 500-87-994000000076, toda vez que ello desconocía los deberes en cabeza de la contraloría al momento de vincular a la aseguradora, en donde debe motivar con suficiencia dicha vinculación, señalando el riesgo y el amparo en el marco de las condiciones de seguro contratadas, sin embargo, en desconocimiento de dichos deberes, el ente de control fiscal vinculó a mi prohijada en virtud de una póliza carente de cobertura temporal y mantuvo dicha vinculación hasta el momento de expedir el fallo con responsabilidad fiscal, a pesar de que se argumentó con suficiencia la falta de cobertura temporal por la modalidad de seguro contratada, esto es, por reclamación o *Claims Made*.

Acto seguido, y en evidente desconocimiento del derecho de defensa y el principio de legalidad que permean el proceso de responsabilidad fiscal, en el auto que resolvió el recurso de reposición, el ente de control fiscal decidió arbitrariamente declarar civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA con fundamento en una póliza distinta a la que se relacionó en el auto de apertura, el auto de imputación y el fallo con responsabilidad fiscal, lo cual constituía un agravio injustificado a mi representada y, por eso, resultaba procedente la revocatoria directa.

**OCTAVO:** Por oficio 104-2022-IE-00002924 del 11 de octubre de 2022, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS consideró improcedente la revocatoria directa, bajo el argumento que la revocatoria directa y los recursos de la vía gubernativa son excluyentes, por lo que, al hacer uso de los recursos procedentes contra el fallo con responsabilidad fiscal, no es procedente que se solicite la revocatoria directa.

Para sustento de lo anterior, citó la sentencia C-742 de 1999 de la Corte Constitucional, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 70 del Decreto 01 de 1984 (derogado), el cual expresamente proscribía la posibilidad de solicitar la revocatoria directa de los actos administrativos respecto de los cuales se hubiesen ejercitado los recursos de la vía gubernativa, sin embargo, en la nueva regulación contenida en los artículos 93 y siguientes del CPACA, es claro que puede solicitarse la revocatoria directa de los actos administrativos aun cuando se hayan interpuestos los recursos en sede administrativa, conclusión que se evidencia de lo señalado en el artículo 94 del mismo estatuto, el cual excluye dicha posibilidad sólo cuando la solicitud se fundamente en la causal 1 de revocatoria, es decir, “*cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o la ley*” y, al haberse señalado la causal 3, resultaba procedente la solicitud y debían analizarse de fondo los argumentos allí presentados.

**HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS DE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL NO FUE DEBIDAMENTE PROBADO EL PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL**

**PRIMERO:** Como se indicó en el hecho segundo de los “*HECHOS RELACIONADOS CON EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRF 2019 – 039*”, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS imputó responsabilidad fiscal al señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, en su calidad de gerente de la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA E.S.P. DE RIOSUCIO (CALDAS), en atención a que presuntamente autorizó mediante la aprobación de los Acuerdos No. 01 de 2016 y No. 01 de 2019 de la junta directiva, que se cancelaran viáticos a los trabajadores oficiales de la entidad superando el límite de tarifas dispuestas por el Gobierno Nacional en los Decretos 231 de 2016, 1000 de 2017 y 333 de 2018, en los siguientes términos:

*“Las pruebas ampliamente decantadas en el acápite probatorio de la presente providencia, permiten evidenciar el detrimento patrimonial sufrido por la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO DE RIOSUCIO (CALDAS), en virtud a la inadecuada e incorrecta gestión fiscal desplegada e imputable al Gerente para la época de los hechos, al desconocer los decretos emitidos por la Presidencia de la Republica en materia de viáticos, pues se logró establecer por parte de esta comisión, de acuerdo con los hechos demostrados, la configuración del daño patrimonial correspondiente al valor destinado y pagado en viáticos en las vigencias 2016 al 2019, toda vez que operó el menoscabo o disminución contemplada en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 de forma injustificada, pues se probó que la entidad a pesar de tener conocimiento de las normas que regulan el pago de viáticos, y saber que no tenían derecho a percibir un aumento por dicho concepto, como quiera que se calculaban los viáticos por el 10% del valor salarial, más el 50% adicional si la persona pernoctaba en el lugar de comisión, y en algunos casos dado el no cumplimiento de las comisiones de servicios, toda vez que no se presenta por parte de la entidad los informes requeridos para la aprobación de dicho pago, se realizó de forma deliberada el trámite para lograr el desembolso del dinero correspondiente al citado reconocimiento.*

*(...)*

*Conforme a lo expuesto anteriormente, es evidente entonces que fueron cancelados los viáticos durante las vigencias 2016, 2017, 2018 y 2019, superando las tarifas dispuestas por el Gobierno Nacional para el pago de viáticos, mediante los decretos 231 de 2016, 1000 de 2017 y 333 de 2018 y que una vez revisados y verificados los pagos efectuados por este concepto, fue*

*posible para esta comisión determinar un detrimento patrimonial, generado por el mayor valor pagado en la cancelación de viáticos, conforme a los hechos que se investigan y que asciende a una cuantía de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$18.846.644 M/CTE) al desatender como ya se citó, la normatividad legal dispuesta para la cancelación de los mismos”.*

**SEGUNDO:** No obstante, el ente de control fiscal desconoció la autonomía administrativa de las empresas industriales y comerciales del estado, al ser entidades que compiten con particulares en el mercado y, bajo esta óptica, se regulan en forma distinta a las demás entidades públicas. Es por tal razón que los decretos citados por la contraloría excluyen expresamente a estas entidades de la regulación de viáticos, al establecer únicamente la tarifa de los empleados públicos de entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del orden nacional.

Entonces, el Decreto 231 del 12 de febrero de 2016 “*por el cual se fijan la escalas de viáticos*”, previó en su artículo 1 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1°. A partir de la vigencia del presente decreto, fijase la siguiente escala de viáticos **para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1º de la ley 4a. de 1992**, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país (...).*

Nótese que la norma en mención dispone que dicha regulación aplica a empleados públicos, más no a trabajadores oficiales, y son este último tipo de servidores públicos los que están vinculados a la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, Caldas, al estar constituida como empresa industrial y comercial del estado, por lo que, de entrada, es fácil descartar la aplicación de los decretos en cita a los empleados de la empresa de servicios públicos.

Por otra parte, el artículo 1º del Decreto 231 del 12 de febrero de 2016 fijó el marco de aplicación de la norma, estableciendo que resulta aplicable a los empleados públicos de las entidades a las que se refieren los numerales 1, 2 y 3 de la Ley 4 de 1992, a saber:

*“ARTÍCULO 1.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

*a. **Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional**, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

*b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*

*c. Los miembros del Congreso Nacional (...)."*

Esto es aún más claro, si se considera que en artículo 2 de esta misma ley se dispuso que el Gobierno Nacional tendrá en cuenta como criterio para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores, *"el respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura"* y, para el caso de los trabajadores oficiales, estos no ingresan por carrera administrativa, por cuanto es evidente la inaplicabilidad de los decretos al régimen prestacional de la empresa de servicios públicos.

**TERCERO:** Lo anterior fue expuesto reiterativamente por el señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, quien destacó la autonomía administrativa de la que goza la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA ESP de Riosucio, Caldas, cuyo carácter es de empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, MÁS NO NACIONAL, y los actos de gestión expedidos por esta se someten al derecho privado. Así las cosas, considerando que es la junta directiva el órgano competente para regular el régimen prestacional de los trabajadores oficiales de la empresa de servicios públicos, es evidentemente válida la expedición de los acuerdos No. 001 de 2016 y No. 001 de 2019, en tanto que regulan autónomamente los viáticos de los empleado de la entidad.

**CUARTO:** A dicha conclusión también llegó el Departamento Administrativo de la Función Pública en el Concepto 036211 del 2022, en donde absolvió una consulta en la que se cuestionaba si los decretos 1236 del 2012 y 979 de 2021 son de obligatorio cumplimiento para la aplicación de la escala de viáticos allí contenida para los empleados públicos en la compañía POSITIVA.

Al respecto, en este concepto se aclaró que por la naturaleza jurídica de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al ser una sociedad de economía mixta que se rige como empresa industrial y comercial del estado a luces del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las personas que prestan sus servicios a la empresa son trabajadores oficiales, con excepción de los cargos de dirección y confianza que son ejecutados por empleado públicos. Así pues, el régimen prestacional regulado en el Decreto 1083 de 2015 sólo es aplicable a los empleados públicos de dicha entidad, a luces de lo establecido en el Decreto 1236 de 2012.

En atención a lo anterior, concluyó:

*“Por lo que en el entendido que Positiva es una empresa donde el estado es titular de una participación superior al 90% **por lo tanto sus trabajadores se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva, pacto colectivo, el reglamento interno, y en lo no previsto por dichos instrumentos, por la Ley 6a de 1945, el Decreto 1083 de 2015. Los empleados públicos catalogados como tal según sus estatutos, se rigen por las normas legales vigentes establecidas para los mismos.***

*Por consiguiente, la planta de personal está constituida en su mayoría por trabajadores oficiales.*

*(...)*

*Ahora bien, **si POSITIVA cuenta en su planta de personal con los empleados públicos** y con ocasión en el ejercicio de sus funciones es necesario desplazarse a un lugar diferente de la sede, **tendrán derecho al reconocimiento de los viáticos los cuales se otorgarán conforme con los lineamientos establecidos por el Gobierno nacional,** por lo que, para efectos de dar respuesta a su primer interrogante, el Decreto 1236 de 2012 y 979 de 20216 le son aplicables a los empleados públicos de POSTIVA”<sup>2</sup>.*

Así las cosas, sólo si la entidad cuenta con empleados públicos, esto es, cargos de dirección y confianza, resulta aplicable lo regulado por el Gobierno Nacional con relación a los viáticos. Esto, por disposición del artículo 7 del Decreto 1236 de 2012 que prevé expresamente que a los empleados públicos de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se les aplica la escala de viáticos fijada por los empleados públicos de la reama ejecutiva del poder público del orden nacional.

De lo anterior se desprenden varias conclusiones aplicables al caso concreto, pues el Departamento Administrativo de la Función Pública hace una diferenciación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, arguyendo que el régimen salarial de estos últimos se encuentra regulado en el contrato de trabajo, los pactos colectivos, los reglamentos internos, entre otros. Por el contrario, el régimen prestacional de los empleados públicos se regula por las disposiciones legales al respecto, de modo que no es posible asimilar -como lo hizo la contraloría- a los trabajadores oficiales y a los empleados públicos en lo atinente a los viáticos.

---

<sup>2</sup> DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 036211 del 25 de enero de 2022, con radicado No. 20226000036211.

De tal modo, en EMSA ESP de RIOSUCIO – CALDAS sólo existe un cargo de dirección y confianza que sería el del gerente, por lo que éste es el único empleado público de libre nombramiento y remoción que tiene la empresa de servicios públicos, a luces del artículo 15 del Acuerdo No. 038 de 1996 *“por el cual se transforma una entidad descentralizada, se cambia su naturaleza jurídica, razón social y se adoptan otras disposiciones”*. Los demás, son trabajadores oficiales por disposición del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968. Por tal razón, el régimen de viáticos fijado por el Gobierno Nacional sólo sería aplicable al Gerente y no a los trabajadores oficiales de la empresa, siempre y cuando haya una norma que así lo establezca, como fue el caso de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

**QUINTO:** En el mismo sentido, la diferenciación antes advertida se puede evidenciar en la expedición del Decreto 244 de 2016 *“Por el cual se fija la remuneración de los empleados públicos pertenecientes a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a las Sociedades de Economía Mixta y a las Entidades de Naturaleza Especial, directas e indirectas, del orden nacional sometidas al régimen de dichas empresas y se dictan otras disposiciones”*, con lo que queda claro que el régimen prestacional, salarial y de viáticos es diferente para las entidades públicas del orden nacional y las empresas industriales y comerciales del estado, precisamente por la autonomía administrativa de la que gozan estas últimas.

**SEXTO:** Con lo expuesto con anterioridad, es evidente que la Contraloría desconoció las disposiciones que regulan el régimen salarial y prestacional de los empleados de las empresas industriales y comerciales del estado, así como su autonomía administrativa frente al asunto. En igual medida, omitió considerar la diferenciación clara entre empleados públicos y trabajadores oficiales, por lo que los actos administrativos expedidos en el marco del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039 incurrieron en las causales de nulidad de infracción de normas en que deberían fundarse y falsa motivación, tal y como se expondrá en el acápite correspondiente.

**HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO SE DESCONOCIÓ LA MODALIDAD DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 500-87-99400000056**

**PRIMERO:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en virtud del artículo 1056 del Código de Comercio, asumió los riesgos descritos en la carátula de la póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 500-87-99400000056, esto es, “ACTOS INCORRECTOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS”, bajo el sistema de aseguramiento base de reclamación “*Claims Made*”, así:

- La póliza funciona bajo el sistema de aseguramiento base de reclamación *Claims Made*
- Investigaciones preliminares
- Reclamos contra conyuges, los herederos o representantes por fallecimiento o por insolvencia
- Cobertura Responsabilidad de la Entidad

**SEGUNDO:** Igualmente, en las condiciones generales de la póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 500-87-99400000056, se estableció lo siguiente:

**\*1. AMPAROS**  
**1.1 AMPARO BÁSICO**  
**BAJO ESTE AMPARO SE CUBRE:**

(...)1.1.3 EL DETRIMENTO PATRIMONIAL CAUSADO AL ESTADO POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS COMO CONSECUENCIA DE ACTOS INCORRECTOS COMETIDOS EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS PROPIAS DE SU CARGO, SIEMPRE QUE SEAN DECLARADOS RESPONSABLES A TÍTULO DE CULPA DE TAL DETRIMENTO PATRIMONIAL EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000. ESTE AMPARO SERÁ PROCEDENTE CUANDO EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEA CONOCIDO POR PRIMERA VEZ POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS, O ÉSTOS CONOZCAN POR PRIMERA VEZ QUE HABRÍA DE SER INICIADO EN SU CONTRA, DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO Y SE FUNDAMENTE EN ACTOS INCORRECTOS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERÍODO DE RETROACTIVIDAD OTORGADO POR ELLA”.

**TERCERO:** En virtud de lo anterior, la obligación condicional de mi representada solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes en las citadas condiciones, esto es, únicamente si la reclamación se realiza dentro de la vigencia de la póliza, en virtud de la modalidad de reclamación o *Claims Made* que se pactó en el contrato de seguro.

**CUARTO:** En consideración a lo anterior, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, en el cual 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 operador jurídico no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene con 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.”*

**QUINTO:** 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**”.*

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.

**QUINTO:** Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. 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 (...)”.*

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 condiciones 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.**<sup>11</sup> (...) (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.

**SEXTO:** 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.

**SÉPTIMO:** En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la póliza de Responsabilidad Civil Servidores Públicos No. 500-87-99400000056 expedida por **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Es evidente que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida, comoquiera que la modalidad de cobertura tipo

reclamación o *Claims Made*, obligaba al ente de control fiscal a realizar la notificación del auto de apertura a los asegurados dentro de la vigencia de la póliza, esto es, del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019, sin embargo, se notificó de este acto hasta el 20 de noviembre de 2019, esto es, por fuera de la cobertura temporal de la citada póliza, lo que permite evidenciar la ausencia de cobertura.

Dicha conclusión fue aceptada por la parte convocada, al afirmar en el auto que resuelve el recurso de reposición lo siguiente:

*“Frente a los argumentos de la apoderada de la aseguradora, si bien es cierto, en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, se vinculó la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, este despacho considera que la compañía debe responder por la póliza emitida vigente al momento de la notificación del proceso, es decir la póliza vigente el trece (13) de noviembre de 2019, fecha en que se dio la notificación, **aceptando que tratándose de una póliza de modalidad de cobertura Claims Made, no es posible relacionar la póliza anteriormente mencionada, por lo que se relaciona al fallo la póliza de seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos N° 500-87-994000000076, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2019 al dieciséis (16) de febrero de 2020, por valor asegurado de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000=), obrante en el expediente dado que la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable dentro del presente proceso de antemano tenía su registro, tal como se adquirió año tras año la respectiva póliza por la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, y conoce los hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal, y por consiguiente, el pacto contractual relacionado con el evento”.***

Así pues, vemos que la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS reconoció su error al vincular una póliza carente de cobertura temporal, sin embargo, y en evidente desconocimiento del debido proceso, vinculó una póliza completamente ajena al proceso de responsabilidad fiscal y, con base en esta, decidió declarar responsable civilmente a mi representada.

## **HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA, POR CUANTO SE MODIFICÓ LA PÓLIZA MEDIANTE LA CUAL SE**

## VINCULÓ A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EN EL AUTO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO DE REPOSICIÓN, EL CUAL CARECE DE RECURSOS

**PRIMERO:** Como se advirtió en los hechos relacionados con el proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, al resolver el recurso de reposición interpuesto por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS afirmó lo siguiente:

*“Frente a los argumentos de la apoderada de la aseguradora, si bien es cierto, en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, se vinculó la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-99400000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, este despacho considera que la compañía debe responder por la póliza emitida vigente al momento de la notificación del proceso, es decir la póliza vigente el trece (13) de noviembre de 2019, fecha en que se dio la notificación, aceptando que tratándose de una póliza de modalidad de cobertura Claims Made, no es posible relacionar la póliza anteriormente mencionada, por lo que se relaciona al fallo la póliza de seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos N° 500-87-99400000076, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2019 al dieciséis (16) de febrero de 2020, por valor asegurado de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000=), obrante en el expediente dado que la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable dentro del presente proceso de antemano tenía su registro, tal como se adquirió año tras año la respectiva póliza por la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, y conoce los hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal, y por consiguiente, el pacto contractual relacionado con el evento”.*

**SEGUNDO:** Lo expuesto en el hecho anterior, constituiría la causal de nulidad de desconocimiento del derecho de audiencia y defensa contenida en el artículo 137 del CPACA, en atención a que se omitió permitir el ejercicio del debido proceso administrativo de mi representada por haberse modificado la póliza mediante la cual se le vinculó al proceso de responsabilidad fiscal en la última etapa procesal del mismo, lo que significa que se le pretermitió ejercer el derecho de defensa y contradicción frente a la misma, al ser una póliza de seguro totalmente distinta a la que inicialmente se había dispuesto.

**TERCERO:** Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho

*“Bajo este marco la Corte Constitucional ha identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, que, con independencia de las particularidades propias de la regulación específica de cada actuación, deben ser acatadas de forma general en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 Superior. Entre ellas se destacan el derecho a: (i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; (ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; (iii) ser oído durante toda la actuación; (iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; (v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; (vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e (viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle. Para la Sala este mínimo de garantías resulta plenamente aplicable al caso concreto. Lo previsto por los artículos 14 y 35 CCA, entendido a la luz de lo previsto por el artículo 29 de la Constitución, fundamenta esta posición. En este sentido, si el proceso de formación del acto administrativo en el caso concreto exigía el respeto a las exigencias formales previstas por los artículos 14 y 35 CCA, y éstas no fueron atendidas, la conclusión no puede ser otra que la Resolución demandada nació viciada de nulidad por atentar contra el debido proceso, en particular contra el derecho de defensa y audiencia (...).”<sup>3</sup>.*

**CUARTO:** Conforme a lo anterior, si se desconoce el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa y contradicción, se estaría ante la consecuencia de la nulidad del acto administrativo y, en el caso concreto, se desconocieron dichos derechos al modificar la póliza mediante la cual se vinculó y declaró civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA en el último momento procesal, esto es, el auto mediante el cual se resolvió el recurso de reposición, bajo el entendido que este acto administrativo carece de recursos y no podía ser controvertido por mi representada.

**QUINTO:** En la misma medida, se afectó el debido proceso por el desconocimiento del principio de congruencia propio del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto que el auto de apertura, el auto de imputación y el fallo con responsabilidad fiscal fueron concordantes al vincular y declarar como tercero civilmente responsable a mi representada en virtud de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, sin embargo, en evidente desconocimiento de dicho principio, en el auto que resolvió el recurso de reposición se varió la vinculación y se tomó como fundamento la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000076, por lo que no se

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 05001-23-31-000-2000-02324-01 del 3 de julio de 2014, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

permitió ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción frente a dicha póliza de seguro.

### **DISPOSICIONES JURÍDICAS VIOLADAS**

Las normas que se vulneraron con la expedición de los Actos Administrativos son las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política Colombiana
- Código de Comercio, Artículo 1036 hasta el 1162, y demás normas del Contrato de Seguro incorporadas en el Código de Comercio
- Artículos 5 al 9 y 44 de la Ley 610 de 2000
- Artículo 4 de la Ley 389 de 1997
- Decreto 3135 de 1968

### **CAUSALES DE VIOLACIÓN**

El sentido de este acápite tiene como fin analizar las causales por las que los actos administrativos expedidos en el marco del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039 y, en especial, el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022, emitidos por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, fueron violatorios de las normas en que deberían fundarse, expedidos mediante una falsa motivación y, en desconocimiento de derecho de audiencia y defensa. Por lo anterior, se procederá a exponer las causales de nulidad antes advertidas.

#### **I. VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AL SER EXPEDIDOS CON VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍAN FUNDARSE ARTÍCULO 5 DE LA LEY 610 DE 2000.**

En este caso no se configuró un daño al patrimonio del estado como tampoco se evidenciaron los elementos de la responsabilidad fiscal, en tanto que la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS no logró acreditar las razones por las que el Decreto 231 de 2016, Decreto 1000 de 2017 y Decreto 333 de 2018 son aplicables al régimen salarial y prestacional de las Empresa Municipal de Servicio de Aseo – EMSA ESP de Riosucio, Caldas, en la medida que es una empresa industrial y comercial del estado municipal, con un régimen administrativo distinto al de las entidades públicas del orden nacional, más aun si se considera que sus empleados tienen el carácter de trabajadores oficiales a excepción del gerente, por lo que sus prestaciones sociales y viáticos son definidas por el contrato de

Página 28 de 59

trabajo, pactos colectivos y reglamentos internos. En virtud de lo anterior, la expedición del Acuerdo No. 01 del 2016 y el Acuerdo No. 01 de 2019 estuvo acorde a la normatividad y no extralimitó lo establecido por el Gobierno Nacional, al ser inaplicables dichas regulaciones a una empresa del carácter de EMSA ESP de Riosucio, Caldas.

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

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

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, consejero Ponente 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 del gestor fiscal.

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”<sup>4</sup>.*

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**”<sup>5</sup> (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 caso.

De conformidad con los elementos anteriormente señalados, y a efectos de clarificar lo expuesto, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS imputó responsabilidad fiscal al señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, en su calidad de gerente de la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA E.S.P. DE RIOSUCIO (CALDAS), en

---

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> 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.

atención a que presuntamente autorizó mediante la aprobación de los Acuerdos No. 01 de 2016 y No. 01 de 2019 de la junta directiva, que se cancelaran viáticos a los trabajadores oficiales de la entidad superando el límite de tarifas dispuestas por el Gobierno Nacional en los Decretos 231 de 2016, 1000 de 2017 y 333 de 2018, en los siguientes términos:

*“Las pruebas ampliamente decantadas en el acápite probatorio de la presente providencia, permiten evidenciar el detrimento patrimonial sufrido por la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO DE RIOSUCIO (CALDAS), en virtud a la inadecuada e incorrecta gestión fiscal desplegada e imputable al Gerente para la época de los hechos, al desconocer los decretos emitidos por la Presidencia de la Republica en materia de viáticos, pues se logró establecer por parte de esta comisión, de acuerdo con los hechos demostrados, la configuración del daño patrimonial correspondiente al valor destinado y pagado en viáticos en las vigencias 2016 al 2019, toda vez que operó el menoscabo o disminución contemplada en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 de forma injustificada, pues se probó que la entidad a pesar de tener conocimiento de las normas que regulan el pago de viáticos, y saber que no tenían derecho a percibir un aumento por dicho concepto, como quiera que se calculaban los viáticos por el 10% del valor salarial, más el 50% adicional si la persona pernoctaba en el lugar de comisión, y en algunos casos dado el no cumplimiento de las comisiones de servicios, toda vez que no se presenta por parte de la entidad los informes requeridos para la aprobación de dicho pago, se realizó de forma deliberada el trámite para lograr el desembolso del dinero correspondiente al citado reconocimiento.*

(...)

*Conforme a lo expuesto anteriormente, es evidente entonces que fueron cancelados los viáticos durante las vigencias 2016, 2017, 2018 y 2019, superando las tarifas dispuestas por el Gobierno Nacional para el pago de viáticos, mediante los decretos 231 de 2016, 1000 de 2017 y 333 de 2018 y que una vez revisados y verificados los pagos efectuados por este concepto, fue posible para esta comisión determinar un detrimento patrimonial, generado por el mayor valor pagado en la cancelación de viáticos, conforme a los hechos que se investigan y que asciende a una cuantía de DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$18.846.644 M/CTE) al desatender como ya se citó, la normatividad legal dispuesta para la cancelación de los mismos”.*

En dicha imputación, el ente de control fiscal desconoció la autonomía administrativa de las empresas industriales y comerciales del estado, al ser entidades que compiten con particulares en el mercado y, bajo esta óptica, se regulan en forma distinta a las demás

entidades públicas. Es por tal razón que los decretos citados por la contraloría excluyen expresamente a estas entidades de la regulación de viáticos, al establecer únicamente la tarifa de los empleados públicos de entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del orden nacional.

Entonces, el Decreto 231 del 12 de febrero de 2016 “por el cual se fijan la escalas de viáticos”, previó en su artículo 1 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1°. A partir de la vigencia del presente decreto, fijase la siguiente escala de viáticos **para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1º de la ley 4a. de 1992**, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país (...).*

Nótese que la norma en mención dispone que dicha regulación aplica a empleados públicos, más no a trabajadores oficiales, y son este último tipo de servidores públicos los que están vinculados a la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, Caldas, al estar constituida como empresa industrial y comercial del estado, por lo que, de entrada, es fácil descartar la aplicación de los decretos en cita a los empleados de la empresa de servicios públicos.

Así las cosas, para sustentar lo anterior, es importante mencionar que el artículo 1º del Acuerdo No. 038 de 1996 dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO PRIMERO: La entidad descentralizada creada mediante acuerdo 015 de Marzo 12 de 1.969, complementando con el acuerdo 009 (A) de Marzo 6 de 1.987 y organizada como establecimiento público denominado EMPRESAS PÚBLICAS DE RIOSUCIO, en adelante se transforma en una empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Municipal con Personería Jurídica, Patrimonio independiente autonomía administrativa y presupuestal y autoridades propias, y adoptará la razón social de EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIOS DE ASEO (E M S A – E S P)-“.*

Entonces, teniendo claro que la entidad tiene naturaleza de empresa industrial y comercial del estado, es menester señalar que el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 establece:

*“ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin*

embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

**Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos**".

Considerando dicha diferenciación, los destinatarios de los decretos que fundamentaron la imputación de responsabilidad fiscal son los empleados públicos, más no los trabajadores oficiales, de modo tal que esta normatividad sería aplicable únicamente al gerente, considerando que es el único empleado público de la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, Caldas, a luces del artículo 15 de Acuerdo No. 038 de 1996, que dispuso que "el Gerente de la Empresa Municipal de Servicios de Aseo E M S A – E S P, será un empleado público de libre nombramiento y remoción del Alcalde Municipal y agente de este (...)".

Por otra parte, el artículo 1° del Decreto 231 del 12 de febrero de 2016 fijó el marco de aplicación de la norma, estableciendo que resulta aplicable a los empleados públicos de las entidades a las que se refieren los numerales 1, 2 y 3 de la Ley 4 de 1992, a saber:

*"ARTÍCULO 1.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:*

*a. **Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional**, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*

*b. Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*

*c. Los miembros del Congreso Nacional (...)"*.

Esto es aún más claro, si se considera que en artículo 2 de esta misma ley se dispuso que el Gobierno Nacional tendrá en cuenta como criterio para la fijación del régimen salarial y prestacional de dichos servidores, "el respecto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura" y, para el caso de los trabajadores oficiales, estos no ingresan por carrera administrativa, por cuanto es evidente la inaplicabilidad de los decretos al régimen prestacional de la empresa de servicios públicos.

De otro lado, la norma es clara en establecer que la regulación aplica para empleados de la rama ejecutiva nacional, y dentro de este orden no hace parte la Empresa Municipal de Servicio de Aseo EMSA ESP, pues ésta es de orden territorial, de manera que es evidente la imposibilidad de aplicar dichos decretos a la empresa.

Lo anterior fue expuesto reiterativamente por el señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO, quien destacó la autonomía administrativa de la que goza la EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA ESP de Riosucio, Caldas, cuyo carácter es de empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, MÁS NO NACIONAL, y los actos de gestión expedidos por esta se someten al derecho privado. Así las cosas, considerando que es la junta directiva el órgano competente para regular el régimen prestacional de los trabajadores oficiales de la empresa de servicios públicos, es evidentemente válida la expedición de los acuerdos No. 001 de 2016 y No. 001 de 2019, en tanto que regulan autónomamente los viáticos de los empleado de la entidad.

Lo anterior, considerando que el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 prevé que las empresas industriales y comerciales del estado tienen autonomía administrativa y financiera, cuyo alcance fue definido en el artículo 86 *ibidem*, así:

*“ARTÍCULO 86.- Autonomía administrativa y financiera. La autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creo o autorizo y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado”.*

A dichas conclusiones también llegó el Departamento Administrativo de la Función Pública en el Concepto 036211 del 2022, en donde absolvió una consulta en la que se cuestionaba si los decretos 1236 del 2012 y 979 de 2021 son de obligatorio cumplimiento para la aplicación de la escala de viáticos allí contenida para los empleados públicos en la compañía POSITIVA.

Al respecto, en este concepto se aclaró que por la naturaleza jurídica de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al ser una sociedad de economía mixta que se rige como empresa industrial y comercial del estado a luces del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las personas que prestan sus servicios a la empresa son trabajadores oficiales, con excepción

de los cargos de dirección y confianza que son ejecutados por empleado públicos. Así pues, el régimen prestacional regulado en el Decreto 1083 de 2015 sólo es aplicable a los empleados públicos de dicha entidad, a luces de lo establecido en el Decreto 1236 de 2012.

En atención a lo anterior, concluyó:

*“Por lo que en el entendido que Positiva es una empresa donde el estado es titular de una participación superior al 90% **por lo tanto sus trabajadores se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva, pacto colectivo, el reglamento interno, y en lo no previsto por dichos instrumentos, por la Ley 6a de 1945, el Decreto 1083 de 2015. Los empleados públicos catalogados como tal según sus estatutos, se rigen por las normas legales vigentes establecidas para los mismos.***

*Por consiguiente, la planta de personal está constituida en su mayoría por trabajadores oficiales.*

(...)

*Ahora bien, **si POSITIVA cuenta en su planta de personal con los empleados públicos** y con ocasión en el ejercicio de sus funciones es necesario desplazarse a un lugar diferente de la sede, **tendrán derecho al reconocimiento de los viáticos los cuales se otorgarán conforme con los lineamientos establecidos por el Gobierno nacional**, por lo que, para efectos de dar respuesta a su primer interrogante, el Decreto 1236 de 2012 y 979 de 20216 le son aplicables a los empleados públicos de POSTIVA”<sup>6</sup>.*

Así las cosas, sólo si la entidad cuenta con empleados públicos, esto es, cargos de dirección y confianza, resulta aplicable lo regulado por el Gobierno Nacional con relación a los viáticos. Esto, por disposición del artículo 7 del Decreto 1236 de 2012 que prevé expresamente que a los empleados públicos de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. se les aplica la escala de viáticos fijada por los empleados públicos de la reama ejecutiva del poder público del orden nacional.

De lo anterior se desprenden varias conclusiones aplicables al caso concreto, pues el Departamento Administrativo de la Función Pública hace una diferenciación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, arguyendo que el régimen salarial de estos

<sup>6</sup> DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 036211 del 25 de enero de 2022, con radicado No. 20226000036211.

últimos se encuentra regulado en el contrato de trabajo, los pactos colectivos, los reglamentos internos, entre otros. Por el contrario, el régimen prestacional de los empleados públicos se regula por las disposiciones legales al respecto, de modo que no es posible asimilar -como lo hizo la contraloría- a los trabajadores oficiales y a los empleados públicos en lo atinente a los viáticos.

Esto fue reiterado por la misma entidad en Concepto 361411 de 2021, en el que se afirmó:

*“Atendiendo la citada normativa, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se conforman por trabajadores oficiales, a excepción, de aquellos señalados en los estatutos que deban desarrollar actividades de dirección o confianza, los cuales tendrán la calidad de empleados públicos. **Razón por la cual, los empleados públicos y los trabajadores oficiales se diferencian en cuanto a la forma de vinculación y respecto al reconocimiento y pago de elementos salariales.**”*

*Ahora bien, para las personas que tengan calidad de empleados públicos el Decreto 980 de 2021 “Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional”, el Gobierno Nacional indicó los límites máximos que deben tener en cuenta las entidades territoriales a la hora de incrementar los salarios de sus servidores públicos, incluidos los empleados de las Empresas de Servicios públicos del nivel territorial.*

*En consecuencia, las escalas de remuneración del año 2021, son aplicables para los empleos desempeñados en Empresas de Servicios Públicos del nivel territorial que se encuentran consagrados en el Decreto 980 de 2021, haciendo énfasis en que, para realizar el incremento de los empleados públicos, se deberá atender en todo caso los límites máximos fijados por Decreto del Gobierno Nacional y las finanzas públicas del Municipio”<sup>7</sup>.*

De tal modo, en EMSA ESP de RIOSUCIO – CALDAS sólo existe un cargo de dirección y confianza que sería el del gerente, por lo que éste es el único empleado público de libre nombramiento y remoción que tiene la empresa de servicios públicos, a luces del artículo 15 del Acuerdo No. 038 de 1996 “por el cual se transforma una entidad descentralizada, se cambia su naturaleza jurídica, razón social y se adoptan otras disposiciones”. Los demás,

---

<sup>7</sup> DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto 361411 de 2021.

son trabajadores oficiales por disposición del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968. Por tal razón, el régimen de viáticos fijado por el Gobierno Nacional sólo sería aplicable al Gerente y no a los trabajadores oficiales de la empresa, siempre y cuando haya una norma que así lo establezca, como fue el caso de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Entonces, para el caso de los trabajadores oficiales, la regulación de viáticos como elementos relacionados con las prestaciones salariales se hace por la junta directiva, atendiendo a la autonomía administrativa que tienen las empresas industriales y comerciales del estado, lo que evidencia que la CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS desconoció la diferenciación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, en la medida que el régimen prestacional de estos últimos se encuentra regulado por el Código Sustantivo del Trabajo y, en ese sentido, la regulación estipulada por el Gobierno Nacional sólo sería aplicable para empleados públicos.

En el mismo sentido, la diferenciación antes advertida se puede evidenciar en la expedición del Decreto 244 de 2016 *“Por el cual se fija la remuneración de los empleados públicos pertenecientes a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a las Sociedades de Economía Mixta y a las Entidades de Naturaleza Especial, directas e indirectas, del orden nacional sometidas al régimen de dichas empresas y se dictan otras disposiciones”*, con lo que queda claro que el régimen prestacional, salarial y de viáticos es diferente para las entidades públicas del orden nacional y las empresas industriales y comerciales del estado, precisamente por la autonomía administrativa de la que gozan estas últimas.

Con lo expuesto con anterioridad, es evidente que la Contraloría desconoció las disposiciones que regulan el régimen salarial y prestacional de los empleados de las empresas industriales y comerciales del estado, así como su autonomía administrativa frente al asunto. En igual medida, omitió considerar la diferenciación clara entre empleados públicos y trabajadores oficiales, por lo que los actos administrativos expedidos en el marco del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039 incurrieron en las causales de nulidad de infracción de normas en que deberían fundarse y falsa motivación, tal y como se expondrá en el acápite correspondiente.

Por otra parte, es de suma importancia ponerle de presente al Despacho que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible al gestor fiscal, el grado del elemento culpa no puede ser uno distinto del dolo o de la **culpa grave**. Es decir, para que en un caso se encuentre plenamente acreditado el primero de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es

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

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

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

**6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que**

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

(...)

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

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

6.11. En consecuencia, queda pues superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, que justifica o admite respecto de los segundos un tratamiento de imputación mayor. **Por el contrario, visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de**

responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° párrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.<sup>8</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque en el dolo o de 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 levisima.

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”.*

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*

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228)<sup>9</sup>.

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”.**

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** (...)”<sup>10</sup>.*

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

Ahora bien, al analizar el acervo probatorio que obra en el plenario, resulta fundamental ponerle de presente al despacho que ninguna de las pruebas que han sido allegadas permitieron acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, por cuanto se encuentra totalmente demostrado que la expedición de los acuerdos No. 001 de 2016 y

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

001 de 2019 fue legal y atendiendo a la autonomía administrativa propia de las empresas industriales y comerciales del estado, por lo que, en virtud de ello, una vez expedidos dichos actos por la junta directiva, el señor DIEGO MAURICIO VANEGAS MORENO procedió a aplicarlos y a reconocer los valores de viáticos de conformidad con ellos.

Bajo este entendido, de dicha actuación no puede concluirse una conducta dolosa o gravemente culposa, todo lo contrario, fue un actuar diligente y legal, mediante el cual se dio cumplimiento a la normativa expedida por la junta directiva.

## II. VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR Y A TRAVÉS DE UNA FALSA MOTIVACIÓN, POR CUANTO SE DESCONOCIÓ EL TIPO DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVIDORES PÚBLICOS NO. 500-87-99400000056.

En primer lugar, debe manifestarse 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 aseguratorio 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) (...)”<sup>11</sup>.*

Específicamente, en la carátula de esta donde se establece el alcance del objeto general de la cobertura de la póliza:

*“Póliza de responsabilidad civil servidores públicos para amparar los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad, a consecuencia de acciones, u omisiones, imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados, así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa, como consecuencia de cualquier investigación o proceso iniciado(s) por cualquier organismo de control, así como también los procesos disciplinarios internos de la Entidad. (Se incluye, pero sin estar limitado a: procesos disciplinarios, Administrativos, Civiles, Penales, Responsabilidad Fiscal, así como los gastos de defensa de los procesos en los que se discuta la imposición de multas y sanciones contra algún funcionario asegurado), así como también los procesos de control interno de la Entidad”.*

En esta misma página, se aclaró la modalidad de la cobertura, en los siguientes términos:

- La póliza funciona bajo el sistema de aseguramiento base de reclamación Claims Made
- Investigaciones preliminares
- Reclamos contra conyuges, los herederos o representantes por fallecimiento o por insolvencia
- Cobertura Responsabilidad de la Entidad

Como se aprecia, la modalidad de cobertura es por reclamación o tipo *Claims Made*, lo cual también se aclaró en las condiciones generales de la póliza, de la siguiente manera:

---

<sup>11</sup> 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.

“1. AMPAROS  
1.1 AMPARO BÁSICO  
BAJO ESTE AMPARO SE CUBRE:

(...)1.1.3 EL DETRIMENTO PATRIMONIAL CAUSADO AL ESTADO POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS COMO CONSECUENCIA DE ACTOS INCORRECTOS COMETIDOS EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS PROPIAS DE SU CARGO, SIEMPRE QUE SEAN DECLARADOS RESPONSABLES A TÍTULO DE CULPA DE TAL DETRIMENTO PATRIMONIAL EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000. ESTE AMPARO SERÁ PROCEDENTE CUANDO EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL SEA CONOCIDO POR PRIMERA VEZ POR LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS, O ÉSTOS CONOZCAN POR PRIMERA VEZ QUE HABRÍA DE SER INICIADO EN SU CONTRA, DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE SEGURO Y SE FUNDAMENTE EN ACTOS INCORRECTOS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERÍODO DE RETROACTIVIDAD OTORGADO POR ELLA”.

Vemos entonces que la modalidad de cobertura de la póliza de responsabilidad civil servidores públicos no. 500-87-9940000005 es de tipo *Claims Made* o reclamación, de modo tal que la condición de la aseguradora solo se hace exigible si se realiza la reclamación dentro de la vigencia de la póliza, entendida esta como “*LA NOTIFICACIÓN REALIZADA A LOS FUNCIONARIOS ASEGURADOS DE UN AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN FISCAL O DE PROCESO EN SU CONTRA, COMO CONSECUENCIA DE UN ACTO INCORRECTO COMETIDO O PRESUNTAMENTE COMETIDO POR ELLOS (...)*” y, considerando que dicha notificación se efectuó hasta el 20 de noviembre de 2019, a su vez que la vigencia de la póliza era hasta el 16 de febrero de 2019, es claro que la póliza carecía de cobertura temporal.

A efectos de exponer con claridad la causal de nulidad, es menester precisar que, al momento de proferirse el auto de imputación dentro del presente trámite, en el cual 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 antes referidas. En efecto, el operador jurídico no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la República. 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)

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 condiciones 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.*<sup>11</sup> (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la póliza de responsabilidad civil servidores públicos no. 500-87-9940000005 expedida por **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de esta. Así pues, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos temporalmente bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

Esto, considerando que la vigencia de la póliza era del 16 de febrero de 2018 al 16 de febrero de 2019, no obstante, la reclamación -entendida como la notificación del auto de apertura al asegurado- se realizó hasta el 20 de noviembre de 2019, esto es, 9 meses después de vencida la póliza, de modo que era imposible afectarla, dada la modalidad de aseguramiento que se pactó, en concordancia con la libre voluntad de las partes.

Por lo anterior, es claro que la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS desconoció las normas que regulan el contrato de seguro y, en especial, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en donde se posibilita que los seguros de responsabilidad puedan circunscribirse a las

reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia.

### III. VICIOS DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA, POR CUANTO SE MODIFICÓ LA PÓLIZA MEDIANTE LA CUAL SE VINCULÓ A ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA EN EL AUTO QUE RESOLVIÓ EL RECURSO DE REPOSICIÓN, EL CUAL CARECE DE RECURSOS

Como se advirtió en el acápite correspondiente, al resolver el recurso de reposición interpuesto por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS afirmó lo siguiente:

*“Frente a los argumentos de la apoderada de la aseguradora, si bien es cierto, en el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, se vinculó la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-99400000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, este despacho considera que la compañía debe responder por la póliza emitida vigente al momento de la notificación del proceso, es decir la póliza vigente el trece (13) de noviembre de 2019, fecha en que se dio la notificación, **aceptando que tratándose de una póliza de modalidad de cobertura Claims Made, no es posible relacionar la póliza anteriormente mencionada, por lo que se relaciona al fallo la póliza de seguro de Responsabilidad Civil de Servidores Públicos N° 500-87-99400000076, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2019 al dieciséis (16) de febrero de 2020, por valor asegurado de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000=), obrante en el expediente dado que la compañía aseguradora vinculada como tercero civilmente responsable dentro del presente proceso de antemano tenía su registro, tal como se adquirió año tras año la respectiva póliza por la Empresa Municipal de Servicio de Aseo de Riosucio, y conoce los hechos que dieron origen al proceso de responsabilidad fiscal, y por consiguiente, el pacto contractual relacionado con el evento”.***

Así las cosas, luego de que en el auto de apertura, el auto de imputación y el fallo de responsabilidad fiscal se vinculara y declarara civilmente responsable a mi representada en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil servidores públicos No. 500-87-99400000076, de forma arbitraria y desconociendo el debido proceso, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS reconoció que erró al vincular dicha póliza y, en vez de desvincular

a mi prohijada del proceso, mantuvo la vinculación y la declaratoria como tercero civilmente responsable con fundamento en la póliza No. 500-87-994000000076, lo cual es un flagrante desconocimiento del debido proceso de mi representada, al variar la imputación en la última procesal, esto es, el auto que resuelve el recurso de reposición, el cual no es controvertible en sede administrativo.

Por lo anterior, se constituye como causal de nulidad la de desconocimiento del derecho de audiencia y defensa contenida en el artículo 137 del CPACA, en atención a que se desconoció el debido proceso administrativo de mi representada por haberse modificado la póliza mediante la cual se le vinculó al proceso de responsabilidad fiscal en la última etapa procesal del mismo, lo que significa que se le pretermitió ejercer el derecho de defensa y contradicción frente a la misma, al ser una póliza de seguro totalmente distinta a la que inicialmente se había dispuesto.

Al respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

*“Bajo este marco la Corte Constitucional ha identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, que, con independencia de las particularidades propias de la regulación específica de cada actuación, deben ser acatadas de forma general en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 Superior. Entre ellas se destacan el derecho a: (i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; (ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; (iii) ser oído durante toda la actuación; (iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; (v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; (vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e (viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle. Para la Sala este mínimo de garantías resulta plenamente aplicable al caso concreto. Lo previsto por los artículos 14 y 35 CCA, entendido a la luz de lo previsto por el artículo 29 de la Constitución, fundamenta esta posición. En este sentido, si el proceso de formación del acto administrativo en el caso concreto exigía el respeto a las exigencias formales previstas por los artículos 14 y 35 CCA, y éstas no fueron atendidas, la conclusión no puede ser otra que la Resolución demandada nació viciada de nulidad por atentar contra el debido proceso, en particular contra el derecho de defensa y audiencia (...)”<sup>12</sup>.*

---

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 05001-23-31-000-2000-02324-01 del 3 de julio de 2014, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

Conforme a lo anterior, si se desconoce el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa y contradicción, se estaría ante la consecuencia de la nulidad del acto administrativo y, en el caso concreto, se desconocieron dichos derechos al modificar la póliza mediante la cual se vinculó y declaró civilmente responsable a la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA en el último momento procesal, esto es, el auto mediante el cual se resolvió el recurso de reposición, bajo el entendido que este acto administrativo carece de recursos y no podía ser controvertido por mi representada.

- **Afectación al principio de congruencia en las actuaciones administrativas**

En la misma medida, se afectó el debido proceso de mi prohijada por el desconocimiento del principio de congruencia propio del proceso de responsabilidad fiscal y, en general, de las actuaciones administrativas, en tanto que el auto de apertura, el auto de imputación y el fallo con responsabilidad fiscal fueron concordantes al vincular y declarar como tercero civilmente responsable a mi representada en virtud de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, sin embargo, en evidente desconocimiento de dicho principio y de manera arbitraria, en el auto que resolvió el recurso de reposición se varió la vinculación y se tomó como fundamento la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000076, por lo que no se permitió ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción frente a dicha póliza de seguro.

Al respecto, es menester indicar que el principio de congruencia en las actuaciones administrativas se encuentra contemplado en el inciso 2° del artículo 42 y el artículo 80 del CPACA, que a su tenor indican:

***“ARTÍCULO 42. CONTENIDO DE LA DECISIÓN.** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.*

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos”.*

(...)

*ARTÍCULO 80. DECISIÓN DE LOS RECURSOS.* Vencido el período probatorio, si a ello hubiere lugar, y sin necesidad de acto que así lo declare, deberá proferirse la decisión motivada que resuelva el recurso.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso”.

De conformidad con lo anterior, las decisiones de la administración deben ser concordantes con las peticiones planteadas por el actor y, de manera alguna, pueden sobrepasar dicho límite jurídico y fáctico, *so pena* de incurrir en evidente discrecionalidad. Frente al caso concreto, resulta obvio que la Contraloría General de Caldas desconoció el principio de congruencia de las actuaciones administrativas, ya que en el auto que resolvió el recurso de reposición relacionó una póliza de seguro que nunca fue controvertida por mi representada y, por consiguiente, no fue objeto de discusión en ninguna de las etapas procesales anteriores, entendidas estas como el pronunciamiento frente al auto de apertura, al auto de imputación y el recurso de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal.

Bajo este entendido, la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA nunca se pronunció respecto de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000076, de modo tal que nunca se mencionó en ninguno de sus argumentos de defensa, no obstante, de forma arbitraria y sin fundamento alguno, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS la relacionó en la última actuación procesal que, por demás, carecía de recursos, lo que se traduce en un evidente desconocimiento del debido proceso y de principio ya mencionado.

Sobre este punto, es menester señalar lo que ha dicho el Consejo de Estado con relación al principio de congruencia en actuaciones administrativas y, más concretamente, en procesos administrativos sancionatorios, en tanto que, si bien el proceso de responsabilidad fiscal no tiene naturaleza sancionatoria, sino resarcitoria, estos procesos comparten la misma estructura procesal, de manera que este principio guarda relación en los dos tipos de procesos. Entonces, este Tribunal Administrativo ha indicado lo siguiente:

*“Para la Sala, el alcance que debe darse al principio de congruencia entre el acto administrativo de apertura de la investigación y aquel que resuelve la actuación, está determinado por los cargos que se consignen en el primero. **En esa medida, le estará vedado a la autoridad administrativa imponer una sanción por una conducta que no se encuentre dentro de los cargos formulados en la apertura de la investigación.** Por tanto, los hechos que se plantean en el acto de inicio de investigación y las pruebas que los sustentan, en tanto justifican la decisión de la autoridad administrativa de empezar una averiguación tendiente a*

esclarecer la ocurrencia de la conducta que reprocha, no constituyen una «camisa de fuerza» para la Administración frente a la incorporación de otros elementos probatorios durante la etapa de indagación. Así, lo que condiciona el alcance y procedencia las pruebas que deban practicarse en el curso de la investigación y de los hechos que deben analizarse, es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia a que se refiere la apertura de la misma. La investigación se abre precisamente para determinar si la conducta tuvo lugar y quiénes son responsables de tal comportamiento. En ese orden de ideas, tanto de oficio como a petición de parte, se practicarán durante esa etapa de investigación, aquellas pruebas que permitan profundizar o controvertir las razones fácticas y jurídicas que motivaron la apertura. Una interpretación distinta llevaría al absurdo de dejar sin propósito la etapa de indagación, por cuanto es durante su desarrollo que se recaba la mayor cantidad de evidencias, ya sea para desvirtuar la conducta endilgada o para reforzar los argumentos que prueban su ocurrencia. En ese sentido, sería impropio referirse a la evidencia recaudada como «hechos nuevos» frente a los indicados en el acto de apertura de la investigación, toda vez que las pruebas que se incorporen en el expediente administrativo serán exclusivamente aquellas que tengan relación con los cargos. Son esas pruebas las que constituyen el sustento fáctico y jurídico que permitirá a la administración tener los elementos de juicio para decidir imponer o no la sanción. En consecuencia, conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia, para la Sala las pruebas de la etapa investigativa están circunscritas a los cargos contenidos en la resolución de apertura. **Por lo que, tanto la información recogida durante la averiguación preliminar, así como las pruebas decretadas una vez dictada la resolución de apertura de investigación, constituyen los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentaran la decisión que ponga final a la actuación administrativa. Lo anterior, bajo el presupuesto de que tales pruebas hubieren estado a disposición de las investigadas y contra ellas pudieron ejercer su derecho a la defensa presentando las explicaciones que controvertieran la evidencia recaudada**<sup>13</sup>.

Como vemos, el principio de congruencia en este tipo de procesos administrativos refiere a la imposibilidad de que se imponga una sanción (o una consecuencia jurídica) por hechos o conductas que no se encuentren dentro de los cargos o imputaciones inicialmente planteadas en el auto de apertura. Pues bien, al respecto, en el auto de apertura No. 039 del 13 de noviembre de 2019, la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS vinculó a mi

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2012-00678-03 del 3 de diciembre de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Váldez.

representada por la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, así:

**TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.**

Como tercero civilmente responsable se vincula a la Compañía de Seguros **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, identificada con Nit 860.524.654-6, teniendo en cuenta que existe póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, con cobertura de perjuicios causados a la entidad provenientes de investigaciones de Responsabilidad Fiscal por valor asegurado de **CIENT MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**, y como tomador, beneficiario y asegurado la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA E.S.P. DE RIOSUCIO (CALDAS)**, póliza vigente para la época del presunto daño patrimonial al estado.

Esta misma vinculación se mantuvo en el auto de imputación del 31 de mayo de 2022, en los siguientes términos:

**“DEL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE**

*Compañía de Seguros **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, identificada con Nit 860.524.654-6, teniendo en cuenta que existe póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019, con cobertura de perjuicios causados a la entidad provenientes de investigaciones de Responsabilidad Fiscal por valor asegurado de **CIENT MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**, y como tomador, beneficiario y asegurado la **EMPRESA MUNICIPAL DE SERVICIO DE ASEO – EMSA E.S.P. DE RIOSUCIO (CALDAS)**, póliza vigente para la época del presunto daño patrimonial al estado”.*

Incluso, en el fallo con responsabilidad fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022, se declaró civilmente responsable a mi representada, “(...) *teniendo en cuenta que existe póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, con vigencia del dieciséis (16) de febrero de 2018 al dieciséis (16) de febrero de 2019 (...)*”.

No obstante, atentando contra el principio de congruencia antes expuesto, en los considerandos del auto que resolvió el recurso de reposición -ni siquiera en su resuelve-se afirmó que la ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA era civilmente responsable por la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000076, con vigencia de dieciséis (16) de febrero de 2019 al dieciséis (16) de febrero de 2020, lo que permite evidenciar que se desconoció el debido proceso al obviar

la congruencia que debe existir entre el auto de apertura y el fallo con responsabilidad fiscal.

### **COMPETENCIA**

La competencia para conocer el presente asunto corresponde al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, teniendo en cuenta que el ente que profirió los actos administrativos sobre los cuales se pretende la nulidad es de orden Departamental y, conforme al numeral 1 del artículo 152 del CPACA, le corresponde su conocimiento.

La presente demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la Parte Segunda “Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas” Capítulo V “Demanda y proceso Contencioso Administrativo” previsto en la Ley 1437 de 2011.

### **ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA**

La cuantía se estima razonadamente en la suma de **VEINTIÚN MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$21.950.342)** correspondiente al monto impuesto en contra de mi mandante, en el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022, emitido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.

### **PRUEBAS QUE SE PRETENDE HACER VALER**

#### **DOCUMENTALES:**

1. Certificado de existencia y representación de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**
2. Copia de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056 y su condicionado general.
3. Copia del Auto de Apertura No. 039 del 13 de noviembre de 2019, dentro del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039.
4. Copia del Auto de imputación No. 004 del 31 de mayo de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.

5. Copia del escrito argumentos de defensa radicado el 5 de julio de 2022, radicado por mi representada.
6. Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 005 del 28 de julio de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, mediante el cual se falla con responsabilidad fiscal dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039.
7. Recurso de reposición con fecha 11 de agosto de 2022, radicado por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA contra el fallo con responsabilidad fiscal dentro del proceso PRF 2019-039.
8. Auto No. 006 del 24 de agosto de 2022 expedido por la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal PRF 2019-039, notificado por Estado No. 108 del 25 de agosto de 2022.
9. Solicitud de revocatoria directa del 4 de octubre de 2022 radicada por ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA, en el marco del proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039.
10. Oficio 104-2022-IE-00002924 del 11 de octubre de 2022, mediante el cual la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS resuelve la solicitud de revocatoria directa.
11. Constancia del agotamiento de la conciliación extrajudicial en derecho, expedida por la PROCURADURÍA 28 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS el 16 de marzo de 2023.

Desde ya enuncio las pruebas documentales que se solicitarán dentro proceso judicial ante la no conciliación dentro de la audiencia que aquí se pretende celebrar, reservándome el derecho de pedir otros medios probatorios en un eventual proceso judicial.

#### **DECLARACIÓN DE PARTE:**

Al tenor de lo preceptuado por el artículo 198 del Código General del Proceso, comedidamente solicito al Despacho ordenar la citación del representante legal de **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, para que sea interrogado por el suscrito, sobre los hechos relacionados con el medio de control que nos ocupa y especialmente, para que deponga sobre las condiciones concertadas en la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos No. 500-87-994000000056, así como sobre los motivos de violación de los actos demandados, y especialmente para que declare sobre las razones de la inconformidad puesta de presente dentro de la presente demanda.

## TESTIMONIALES:

Respetuosamente, solicito a este Despacho decretar el testimonio del Doctor **JAVIER ANDRÉS ACOSTA CEBALLOS**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, asesor externo de la Compañía de seguros que represento, **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA**, quien podrá citarse en la dirección de correo electrónico: [jacosta@gha.com.co](mailto:jacosta@gha.com.co), con el objeto de que se pronuncie sobre los hechos en que se fundamenta el presente medio de control, así como los motivos de violación de los actos administrativos demandados y especialmente para que declare sobre las razones de la inconformidad puesta de presente dentro de la presente demanda.

Lo anterior se solicita por cuanto es útil para el proceso conocer acerca de cómo operan los contratos de seguro que fundamentan la relación de mi procurada con el presente trámite, así como también para dar a conocer los motivos de los conceptos de violación en que incurrieron los actos administrativos demandado.

## EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

Solicito comedidamente se ordene a la CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS aportar al proceso todos y cada uno de los documentos que integran el proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-039, incluyendo grabaciones de audiencia y los demás documentos que lo puedan integrar.

El propósito de la exhibición de estos documentos es evidenciar las causales de nulidad en las cuales se incurrieron los actos administrativos demandados, y así demostrar las razones por las cuales se debe declarar la nulidad de los mismos.

La citada entidad puede ser citada en la Calle 23 No. 22-45 de la ciudad de Manizales, Caldas y a los correos: [info@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:info@contraloriageneraldecaldas.gov.co) y [oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co)

## ANEXOS

1. Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
2. Poder otorgado al suscrito en los términos de la Ley 2213 de 2022.

**NOTIFICACIONES**

A mi mandante y al suscrito apoderado en la Calle 69 No. 4 – 48 oficina 502 en la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el artículo 162 numeral 7, la dirección electrónica es: [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)

**EL DEPARTAMENTO DE CALDAS – CONTRALORÍA GENERAL DE CALDAS**, con dirección de notificación física en la Calle 23 No. 22-45 de la ciudad de Manizales, Caldas y electrónica a los correos: [info@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:info@contraloriageneraldecaldas.gov.co) y [oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co](mailto:oficinajuridica@contraloriageneraldecaldas.gov.co)

Respetuosamente,



**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.