

Señores:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA

**CONTRALORÍA DELEGADA INTERSECTORIAL No. 15 UNIDAD DE INVESTIGACIONES
ESPECIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN**

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL
EXPEDIENTE: PRF- 80732-2020-37336
ENTIDAD AFECTADA: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – MUNICIPIO DE IBAGUÉ
VINCULADOS: MARTHA ASCENCIO, CONSORCIO FFIE ALIANZA Y OTROS
TERCERO VINCULADO: ALLIANZ SEGUROS S.A. Y OTROS

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA DEL FALLO CON
RESPONSABILIDAD FISCAL No. 0023 DEL 15 DE ENERO DE
2025.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad legalmente constituida, conforme a poder obrante en el expediente, de manera respetuosa y encontrándome dentro del término legal correspondiente, procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 0023**, proferido el día 15 de enero del 2025, por medio del cual se declaró como tercero civilmente responsable a mi poderdante, en virtud de las Pólizas de Manejo No. 022312401 / 0 y No. 022303415 / 0, solicitando desde ya que se revoque el acto administrativo en cita y, en consecuencia, se absuelva a los presuntos responsables y a la aseguradora que represento, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

Considerando que se realizó la notificación personal del acto administrativo que determinó responsabilidad fiscal el 24 de enero de 2024, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 610 de 2000, frente al fallo con responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo. En virtud de ello, el presente escrito se presenta dentro del plazo establecido.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

El objeto de la investigación dentro del proceso de referencia consiste en determinar la responsabilidad fiscal por el presunto detrimento patrimonial causado al Municipio de Ibagué, identificado a partir del Hallazgo No. 82. Dicho hallazgo está relacionado con el pago indebido del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) por un valor de Diez Millones Setecientos Diecinueve Mil Novecientos Ochenta y Dos Pesos (\$10.719.982) M/cte. La Secretaría de Hacienda, bajo la dirección de Martha Ascencio, omitió notificar a BBVA sobre la exención del GMF para una cuenta destinada al mejoramiento de la infraestructura educativa del municipio. Esta omisión resultó en un pago que no debió efectuarse, dado que los recursos se encontraban exentos del gravamen.

El 7 de septiembre de 2020, mediante el radicado SIGEDOC 1E0053814, se trasladó el Hallazgo Fiscal No. 82 a la Gerencia Departamental del Tolima para definir el trámite a seguir. Como resultado, el 29 de enero de 2021 se emitió el Auto No. 00032A, por el cual se avocó conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal y se designó a un funcionario sustanciador. Posteriormente, el 26 de febrero de 2021, mediante Auto No. 101, se abrió el Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. 80732-2020-37336, decretándose la práctica de pruebas con intervención de Alianza Fiduciaria S.A., la Alcaldía Municipal de Ibagué y el Grupo de Vigilancia de la Gerencia Tolima.

En el desarrollo del proceso, se profiere el Auto No. 0023, mediante el cual se declara la responsabilidad fiscal a título de culpa grave en contra de Martha Ascencio, quien ejerció el cargo de ex Directora adscrita a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Ibagué. La decisión se fundamenta en el daño patrimonial ocasionado por el pago injustificado de \$15.706.304 (indexado) por concepto de gravamen al movimiento financiero (GMF), a pesar de que la cuenta del BBVA estaba exenta de dicho impuesto. Se indica en el fallo que esta irregularidad generó una afectación indebida al patrimonio de la entidad territorial. Se señala como terceros civilmente responsables a las aseguradoras MAPFRE Colombia, Liberty Seguros S.A., Allianz Seguros S.A. y Aseguradora Solidaria de Colombia, con ocasión a las pólizas de manejo oficial emitidas por estas entidades.

III. REPAROS FRENTE A LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

A. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON LA IMPROCEDENCIA DE AFECTABILIDAD DE LA POLIZAS No. 22312401 / 0 Y No. 022303415 / 0

La Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 incurrió en un vicio de nulidad por falsa motivación al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 0023 del 15 de enero de 2025. Esto se debe a que ignoró que el siniestro se originó antes de la entrada en vigencia de las pólizas Nos. 022303415/0 y xxxxxxxx, lo que hace improcedente su afectación por los hechos objeto del trámite administrativo en cuestión. Dicha actuación no solo desconoce las condiciones pactadas en el contrato de seguro,

sino que también vulnera las normas que regulan dicho negocio jurídico en el ordenamiento jurídico vigente.

En primer lugar, es importante señalar que, conforme al artículo 9 de la Ley 610 de 2000, los hechos fiscales pueden clasificarse como instantáneos o complejos. Los primeros ocurren en un solo acto, mientras que los complejos, también conocidos como de tracto sucesivo, se desarrollan a lo largo de varios periodos prolongados dentro de un lapso específico de tiempo. En este sentido, el mencionado artículo establece lo siguiente:

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

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

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

A la luz de la Ley 610 de 2000, los actos complejos o de tracto sucesivo constituyen una unidad jurídica indivisible. En consecuencia, los términos de caducidad y prescripción comienzan a contarse únicamente a partir de la ejecución del último de estos actos. Así lo reconoció el órgano juzgador en el sub lite, al rechazar los argumentos de mi prohijada sobre la supuesta naturaleza instantánea de los hechos, dejando en claro que se trata de actos de tracto sucesivo.

En este sentido, queda claro que, para los efectos de la Ley 610 de 2000, los actos de tracto sucesivo deben entenderse como un solo hecho, a pesar de su extensión en el tiempo. Este enfoque no solo tiene implicaciones respecto a la prescripción y caducidad, sino también en la exigibilidad de las pólizas de seguro. Dado que se configura un único siniestro, por lo resulta improcedente afectar más de una vigencia o comprometer múltiples negocios aseguradores.

Es importante traer a colación el artículo 1072 del Código de Comercio, el cual define el siniestro como “*la realización del riesgo asegurado*”, siendo que de conformidad con el proceso de responsabilidad fiscal que ahora nos convoca, uno de los riesgos asegurados mediante las Póliza de Manejo No. 22312401 / 0 y No. 022303415 / 0 es “*FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL*”.

Ahora, el siniestro en el caso concreto, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 y según lo aceptó la misma Contraloría, fue solo uno, pese a que el mismo se haya presentado de manera continua durante el lapso comprendido entre el 2017 al 2018.

En este contexto, y con relación a la determinación de la afectación de la Póliza de Manejo No. 022303415/0, resulta pertinente destacar lo dispuesto en el artículo 1073 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

Artículo 1073. Responsabilidad del asegurador según el inicio del siniestro. Si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato.

Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro.

De acuerdo con lo expuesto, el legislador concede el derecho a la indemnización a cargo del asegurador únicamente cuando el riesgo se materializa o inicia su realización dentro del periodo amparado por la póliza vigente en el momento en que ocurrió el siniestro. No obstante, se reitera que, en el caso concreto, según el análisis previo, el hecho o siniestro fue único, a pesar de haberse extendido desde 2017 hasta 2018.

Con esta precisión, es necesario señalar a la Contraloría que, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y en concordancia con la Ley 610 de 2000, ninguna de las dos pólizas podía ser afectada, dado que el siniestro tuvo su origen en mayo de 2017 y se extendió hasta agosto de 2018. Este hecho quedó claramente establecido tanto en el auto de imputación como en el fallo de responsabilidad fiscal, actuaciones en las que se describieron los eventos de la siguiente manera:

El cálculo del valor del GMF se refleja en el papel de trabajo denominado "GMF DEL 1 05 2017 HASTA EL 31 08 2018 — CTA 309034999 BBVA — Aportes Municipio de Ibagué

PAGO IMPUESTO GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – GMF – 4 X 1000 CTA 309034999 BBVA – Aportes Municipio de Ibagué		
VIGENCIA	MES	VALOR
2017	MAYO	\$ 205 671
	JUNIO	\$ 103 426
	JULIO	\$ 11 824
	AGOSTO	\$ 67 909
	SEPTIEMBRE	\$ 221 619
	OCTUBRE	\$ 134 441
	NOVIEMBRE	\$ 105 175
	DICIEMBRE	\$ 144 020
	TOTAL	\$ 994 085
2018	ENERO	\$ 64 027
	FEBRERO	\$ 97 891
	MARZO	\$ 79 903
	ABRIL	\$ 1 071 589
	MAYO	\$ 369 672
	JUNIO	\$ 101 973
	JULIO	\$ 6 117 606
	AGOSTO	\$ 1 823 236
	TOTAL	\$ 9 725 897
TOTAL, GMF 2017 Y 2018		\$ 10.719.982

Se evidencia entonces que los hechos que originaron el siniestro comenzaron antes de la entrada en vigor de los seguros y se prolongaron durante dicho periodo. Esta situación impide la aplicación de cobertura, dado que las pólizas contratadas únicamente cubren riesgos que se materialicen

dentro del periodo asegurado y que no tengan antecedentes anteriores a la fecha de inicio de la vigencia del contrato. En este sentido, se advierte que la póliza No. 22312401/0 se extendió desde el 14 de julio de 2018 hasta el 19 de julio de 2018, mientras que la póliza No. 022303415/0 tuvo vigencia desde el 20 de julio de 2018 hasta el 19 de julio de 2019, conforme se detalla a continuación:

Póliza y duración:	Póliza nº: 022312401 / 0
	Duración: Desde las 00:00 horas del 14/07/2018 hasta las 24:00 horas del 19/07/2018.
	Importes expresados en PESO COLOMBIANO.

Póliza y duración:	Póliza nº: 022303415 / 0
	Duración: Desde las 00:00 horas del 20/07/2018 hasta las 24:00 horas del 19/07/2019.
	Importes expresados en PESO COLOMBIANO.

En gracia de discusión, y en el eventual caso de confirmarse la responsabilidad de los investigados, resulta improcedente hacer efectivas las pólizas. Esto no solo en atención a lo dispuesto en el artículo 1073 del Código de Comercio, sino también debido a que el contrato de seguro, formalizado mediante la póliza cuya afectación se pretende, fue suscrito bajo la modalidad de ocurrencia.

En conclusión, la Contraloría erró al determinar la afectación de la póliza de Manejo No. 022303415 / 0 por cuanto al tratarse de un solo hecho complejo o de tracto sucesivo, a la luz del artículo 1073 del Código de Comercio, es improcedente afectar la póliza mencionada al haberse iniciado el siniestro antes y continuado el mismo después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador. Por lo anterior, la Contraloría incurrió en un yerro que genera la nulidad del fallo con responsabilidad fiscal, por lo cual, el mismo deberá ser revocado.

B. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – NO SE ACREDITÓ LA CULPA GRAVE DE LOS PRESUNTOS REPSONSABLES FISCALES DENTRO DEL PROCESO.

En el presente caso, se argumenta que los declarados responsables fiscales dentro del proceso no incurrieron en una conducta dolosa ni en una culpa grave que justifique la imposición de la sanción proferida por el ente investigador. A lo largo del proceso, se logró acreditar que la funcionaria Martha Ascencio y las demás entidades vinculadas actuaron dentro de un marco de razonabilidad, sin intención de defraudar al erario público ni de generar un perjuicio económico deliberado. La conducta de los implicados puede, en todo caso, calificarse como una culpa leve o levísima. Por lo tanto, no correspondería declarar responsabilidad fiscal en su contra, ya que tal responsabilidad

solo procede en situaciones de culpa grave o dolo, lo que a su vez impactaría en la falta de amparo de las pólizas de seguro vinculadas.

Es fundamental resaltar ante el Despacho que, en relación con la conducta dolosa o culposa atribuible a los gestores fiscales, el grado de culpa no puede ser inferior al dolo o a la culpa grave. Para que se configure el primer elemento de la responsabilidad fiscal, no basta con probar la existencia de culpa leve o levísima en el comportamiento del gestor. En este sentido, el patrón de conducta debe demostrar una actuación dolosa o gravemente culposa para que proceda la declaratoria de responsabilidad fiscal.

Este criterio ha sido explicado de manera clara y precisa por la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, en la cual se declaró inexecutable el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000. Dicho párrafo establecía que la culpa leve podría ser un requisito para configurar la responsabilidad fiscal. La Corte Constitucional, al declarar esta norma inexecutable, dejó claro que el grado de culpa necesario para la configuración de la responsabilidad fiscal debe ser exclusivamente aquel que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa. En consecuencia, la culpa leve no es suficiente para justificar la imposición de la sanción en estos casos. En este sentido, se ha establecido:

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. Álvaro 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 T973 de 1999, lo siguiente:

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

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

En otras palabras, la Corte Constitucional fue categórica en su sentencia al señalar que el primer elemento constitutivo de la responsabilidad fiscal solo se cumple cuando el patrón de conducta del gestor fiscal se enmarca dentro del dolo o de la culpa grave.

Este razonamiento implica, de manera inexorable, que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal de una persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de manera gravemente culposa o, en su caso, de forma dolosa. En consecuencia, esta interpretación

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

impide declarar la responsabilidad fiscal en situaciones donde la actuación del gestor fiscal se limite a una culpa leve o levísima. Entonces, la motivación del acto administrativo que declare la responsabilidad fiscal de un administrado debe ser suficientemente clara para evidenciar que su conducta puede calificarse como culpa grave. Al menos, debe explicar por qué corresponde aplicar en el caso concreto la presunción de culpa grave prevista en el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

Partiendo de este punto, como fundamento clave de la falsa motivación en la que incurrió el ente de control, es fundamental abordar de manera puntual el concepto de culpa grave. Este se encuentra definido en el artículo 63 del Código Civil de la siguiente manera:

ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Frente al artículo citado, la Corte Suprema de Justicia ha definido el concepto de culpa grave tal y como se evidencia a continuación:

Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta ‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’ (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).² (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, la culpa grave es un concepto jurídico que se refiere a conductas caracterizadas por una negligencia extrema, propias de las personas más descuidadas. Para atribuir responsabilidad fiscal a las personas previamente identificadas, es fundamental demostrar, mediante elementos probatorios conducentes, pertinentes y útiles, un patrón de conducta que evidencie dicha negligencia grave. Esta acreditación debe ser claramente expuesta en la motivación del fallo con responsabilidad fiscal para garantizar la validez y legalidad del acto administrativo.

No obstante, en el presente caso, se constató que ni la funcionaria ni los declarados responsables incurrieron en una falta grave debidamente acreditada. No se evidenció que las partes actuaran con la intención de administrar de manera indebida los recursos, ni que estos fueran efectivamente desviados. Por el contrario, su gestión reflejó actuaciones enmarcadas dentro de los principios básicos de la administración pública, sin que se identificaran conductas que denotaran una manifiesta negligencia o propósito de afectación al patrimonio público.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. MP. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-3103015-2008-00102-01

En ese sentido, resulta evidente que la Contraloría incurrió en un vicio de nulidad por falsa motivación al calificar la conducta de los implicados, dado que no logró acreditar que esta correspondiera a una culpa grave. Esta situación impacta directamente la afectación de las pólizas 022312401 / 0 y No. 022303415 / 0 otorgadas por mi prohijada, ya que, al no haberse acreditado la culpa grave del único amparado declarado responsable fiscal, tampoco era procedente afectar dicho negocio asegurador por falta de sustento jurídico. La ausencia de acreditación del grado de culpabilidad necesario para la condena fiscal y la consecuente afectación de las pólizas expedidas por mi procurada, constituyen, a su vez, una manifestación adicional de falsa motivación en el acto administrativo.

Cabe destacar que no se desvirtuó en el proceso la presunción de inocencia que ampara a los funcionarios implicados, dado que no existe prueba alguna de los elementos subjetivos esenciales para fundamentar una responsabilidad fiscal. De igual modo, no se acreditaron las causales que presupongan un actuar culposo, ya que los hechos del caso sub judice no se encuadran en ninguna hipótesis de responsabilidad.

C. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON EL COASEGURO E INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD CONTENIDA EN LAS PÓLIZAS DE MANEJO No. 022312401 Y No. 022303415

Las pólizas de manejo No. 022312401 y No. 022303415 expedidas por Allianz, fueron tomadas bajo la figura de coaseguro con Aseguradora Solidaria de Colombia, distribuyendo el riesgo entre las compañías, así:

Coaseguro					
Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Líder	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	978.000,00
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	652.000,00

Documento Póliza No. 022312401

Coaseguro					
Código	Tipo	Nombre de la Compañía	Líder	% de Participación	Prima
1003	CEDIDO	ALLIANZ SEGUROS S.A.	X	60,00	4.200.000,00
1088	CEDIDO	ASEGURADORA SOLIDARIA		40,00	2.800.000,00

Documento: Póliza No. 022303415

En este caso, se encuentra configurado un coaseguro, es decir, una distribución del riesgo entre mi representada y la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia E.C. La responsabilidad de cada coaseguradora está limitada al porcentaje previamente acordado, sin que pueda predicarse

solidaridad entre ellas. Por lo tanto, mi representada únicamente puede responder hasta el 60% del riesgo asegurado.

El artículo 1092 del Código de Comercio establece:

En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Esta disposición se aplica de manera expresa al coaseguro, tal como lo señala el artículo 1095 del mismo estatuto:

Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dado el carácter del coaseguro, cada aseguradora asume su porcentaje del riesgo sin que exista solidaridad entre ellas. Este principio fue reafirmado en la Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022:

“(…) los distintos aseguradores deben responder con sujeción a la participación que asumieron al momento de la celebración del contrato sin que exista solidaridad de conformidad con el artículo 1092 del Código de Comercio (…)

Igualmente, la doctrina nacional ha precisado que la responsabilidad de los coaseguradores es conjunta, pero no solidaria:

Las responsabilidades de los coaseguradores respecto del asegurado o beneficiario, para expresarlo en términos acordes con la más estricta juridicidad, **son de carácter conjunto y no solidario, es decir, cada uno responde hasta concurrencia de su respectiva participación en el riesgo y la falencia o incapacidad que pueda afectar a alguno de ellos no acrece las responsabilidades de los demás participantes**. (Negrilla nuestra)

Dada la existencia del coaseguro y la distribución porcentual del riesgo entre las aseguradoras, incluso en el improbable caso de que se confirmara la declaratoria de responsabilidad fiscal, mi representada no podría ser condenada por el porcentaje que le corresponde a las otras coaseguradoras. Este argumento fáctico y jurídico es coherente con lo dispuesto en el artículo 1092 del Código de Comercio, que establece que cada asegurador debe soportar la indemnización en proporción a su participación contractual.

D. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN - INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO DE SEGURO.

La obligación de mi representada surge exclusivamente del contrato de seguro celebrado bajo los

parámetros y límites propios de la autonomía de la voluntad privada. Esta obligación no se deriva de una responsabilidad fiscal ni, en su caso, de una eventual responsabilidad civil extracontractual atribuible al asegurado, conforme a lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil y las normas aplicables en materia de responsabilidad fiscal. En consecuencia, se trata de dos responsabilidades distintas:

1. Esta responsabilidad podría derivarse de una eventual imputación conforme a la ley, en virtud de la obligación indemnizatoria establecida por disposiciones legales específicas.
2. Las obligaciones de la compañía de seguros no emanan directamente de la ley, sino de la existencia de un contrato de seguro celebrado conforme a los parámetros establecidos en el artículo 1036 del Código de Comercio y siguientes. Estas obligaciones están debidamente delimitadas por las condiciones pactadas en el contrato de seguro.

El Consejo de Estado ha sostenido de manera clara, aunque sin mayor disertación, que la responsabilidad del asegurador es sustancialmente distinta a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la Ley. En este sentido, ha manifestado:

(...) Conforme lo dispone el artículo 1037 del Código de Comercio, el asegurador es la persona que asume los riesgos del interés o la cosa asegurada, obligación muy diferente a la solidaridad derivada de un contrato o por ministerio de la ley, ya que es la realización del riesgo asegurado lo que da origen a la obligación del asegurador, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio (...)

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado:

(...) Por último, la compañía aseguradora no está llamada a responder de forma solidaria por la condena impuesta, sino atendiendo que «el deber de indemnizar se deriva de una relación contractual, que favoreció la acción directa por parte del demandante en los términos del artículo 1134 del C. de Co (...)

La normativa colombiana también respalda esta interpretación. El artículo 1568 del Código Civil, por su parte, establece que la solidaridad debe ser expresamente pactada o dispuesta por la Ley:

(...) En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda.
(...) La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

La responsabilidad que persigue la Colegiatura deriva de un evento de responsabilidad fiscal cuya fuente es legal, es decir, recae sobre el asegurado -la entidad afectada- o sus servidores ante un eventual detrimento patrimonial. Por su parte, la responsabilidad de mi representada no surge de la ley sino del contrato de seguro que regula sus obligaciones. Este contrato delimita el alcance de sus responsabilidades, las cuales son completamente distintas a las impuestas por la responsabilidad fiscal. Dado que las fuentes de obligación son disímiles (una legal y otra contractual), no puede imponerse una obligación solidaria a la aseguradora. En consecuencia, las

obligaciones del asegurado y de la aseguradora son independientes y no solidarias, ya que cada una se rige por una fuente de obligación diferente: la ley, en el caso del asegurado, y el contrato, en el caso de la aseguradora.

E. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA AUSENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO.

En este caso, el riesgo asegurado no se materializó, ya que la presunta responsable fiscal no actuó de forma dolosa ni gravemente culposa, conforme al material probatorio que obra en el expediente. Lo que se evidencia es que el Banco BBVA fue quien, de manera automática, efectuó el débito de los recursos por concepto del impuesto de Gravamen a los Movimientos Financieros. En consecuencia, la conducta fue desplegada por el banco y no por el asegurado (entidad afectada y sus servidores). Además, dicho riesgo no está expresamente descrito en la carátula de la póliza.

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 aseguraticio. 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) (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original)³

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

La celebración y ejecución de los contratos civiles y comerciales debe desarrollarse de acuerdo con los principios de la autonomía de la voluntad y la buena fe. Así lo señala el Código Civil en sus artículos 1602 y 1603, y la Constitución Política en su artículo 83. El primero de estos principios, también conocido como pacta sunt servanda, establece que las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de contraer libremente obligaciones y/o derechos mediante la celebración de contratos. Una

³ 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

vez manifiestan allí su voluntad y llegan a un acuerdo, el contrato se transforma en una ley para las partes. Su terminación queda sujeta a la realización de un nuevo acuerdo, o al cumplimiento de una de las causales previstas en la ley o en el mismo contrato. Por lo tanto, mientras no hayan establecido otra cosa, ninguna de ellas queda autorizada para alterar los términos contractuales de manera unilateral porque, de lo contrario, le impondría a la otra una obligación, o le concedería un derecho que jamás consintió. Lo anterior implica que, por regla general y sin perjuicio de las excepciones consagradas en la ley, cualquier modificación de un contrato debe estar sometida al concurso de todas las personas que lo celebraron.

[...]

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

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

Al suscribir el contrato de seguro correspondiente, la aseguradora establece ciertos amparos condicionados al cumplimiento de las condiciones generales y particulares acordadas en el mismo. Por lo tanto, su obligación de indemnización solo será exigible si se satisfacen los requisitos pactados por las partes. Esto implica que las compañías de seguros tienen la facultad de determinar qué riesgos están dispuestas a asumir, limitando su responsabilidad a aquellos riesgos que han sido explícitamente transferidos. En consecuencia, solo estarán obligadas a pagar indemnizaciones si dichos riesgos se materializan durante la vigencia del contrato. Este enfoque subraya la importancia de la claridad y precisión en los términos del contrato, asegurando así una relación contractual equitativa entre las partes involucradas.

F. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN LAS QUE DEBÍA FUNDARSE –ARTÍCULO 1054 DEL CODIGO DE COMERCIO.

La Contraloría delegada Intersectorial No. 15 al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 0023 del 15 de enero del 2025 incurrió en el vicio de nulidad denominado desconocimiento de las normas en que debía fundarse, como quiera que al expedir el mencionado acto administrativo contravino lo dispuesto por el artículo 1054 del Código de Comercio declarando el siniestro sobre un hecho inasegurable.

Para sustentar el reparo que ahora se propone, debe tenerse en cuenta que el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que procede la nulidad de los actos administrativos, entre ellos, lógicamente se encuentra el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 0023 del 15 de enero del 2025, cuando éste haya sido expedido con

desconocimiento de las normas en que debía fundarse. Dicha causal de nulidad ha sido definida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso. Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por aplicación indebida, cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. El error por aplicación indebida puede originarse por dos circunstancias: 1.- Porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- Porque no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto. Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, cuando ocurre una interpretación errónea. Sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde⁴.

De forma complementaria a lo plantado en precedencia, el despacho debe tomar en consideración las normas imperativas del Código de Comercio relativas al Contrato de Seguro, pues nos encontramos ante un riesgo inasegurable por expresa disposición legal.

En efecto, el riesgo objeto de aseguramiento según lo dispone el artículo 1054 del C.Co., es el *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»* y constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, cuya prueba ha de suministrarla el asegurado o el beneficiario, si este último es el que está en posibilidad de hacerlo.

Sumado a lo anterior, la normativa citada establece que ciertos aspectos no constituyen riesgos y, por lo tanto, son ajenos al contrato de seguro. Estos aspectos son: (i) los hechos ciertos, salvo la muerte; (ii) los hechos físicamente imposibles; y (iii) la incertidumbre subjetiva respecto a un hecho que haya o no ocurrido. Conforme a la definición del artículo 1054 del Código de Comercio, el riesgo se encuentra delimitado entre los extremos de la certeza y la imposibilidad, excluyendo así los hechos ciertos (excepto la muerte) y los físicamente imposibles. Sobre este punto, resulta pertinente recordar lo señalado por la honorable Superintendencia Financiera de Colombia:

(...) el "riesgo" supone la existencia de una contingencia, es decir la existencia de la

⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. 15 de marzo de 2012. Exp. 16660.

posibilidad de que el hecho que se está amparando suceda en el contrato de seguro, elemento que es de la esencia de este contrato, establece "(...) denomínale riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho⁵(...)

Otra parte de la doctrina sostiene que “el riesgo por expreso reconocimiento legislativo en Colombia, es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro (C. de Co., art. 1045), sin vacilación, el de mayor preponderancia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro ora directa ora indirectamente, apunta hacia el riesgo, su ratio. Es, sin más calificativos, si bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su materia prima, como gráficamente es denominada por un sector de la doctrina.”²⁸ Ahora bien, es fundamental tener en cuenta que no solo la doctrina se ha encargado de dilucidar el tema de cuáles riesgos no son asegurables, sino que también existe una vasta jurisprudencia que explica la forma de aplicación del fenómeno.

En el caso concreto, no se cumplen las prerrogativas establecidas en el artículo 1054 del Código de Comercio, por varias razones fundamentales que desvirtúan la posibilidad de haber afectado las pólizas de manejo No. 022303415/0 y la No. 022312401 / 0.

En primer lugar, el riesgo asegurado debe ser incierto y futuro, tal como exige la normativa comercial para que pueda ser objeto de cobertura por un contrato de seguro. No obstante, el débito del impuesto al Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), efectuado por el Banco BBVA, es un hecho cierto que se materializó de manera automática, incluso antes del inicio de la vigencia de las pólizas. Tal como se muestra en la siguiente:

El cálculo del valor del GMF se refleja en el papel de trabajo denominado "GMF DEL 1 05 2017 HASTA EL 31 08 2018 — CTA 309034999 BBVA — Aportes Municipio de Ibagué

PAGO IMPUESTO GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – GMF – 4 X 1000 CTA 309034999 BBVA – Aportes Municipio de Ibagué		
VIGENCIA	MES	VALOR
2017	MAYO	\$ 205 671
	JUNIO	\$ 103 426
	JULIO	\$ 11 824
	AGOSTO	\$ 67 909
	SEPTIEMBRE	\$ 221 619
	OCTUBRE	\$ 134 441
	NOVIEMBRE	\$ 105 175
	DICIEMBRE	\$ 144 020
	TOTAL	\$ 994 085
2018	ENERO	\$ 64 027
	FEBRERO	\$ 97 891
	MARZO	\$ 79 903
	ABRIL	\$ 1 071 589
	MAYO	\$ 369 672
	JUNIO	\$ 101 973
	JULIO	\$ 6 117 606
	AGOSTO	\$ 1 823 236
	TOTAL	\$ 9 725 897
TOTAL, GMF 2017 Y 2018		\$ 10.719.982

Del mismo modo, se anexan las fechas de vigencia de las pólizas cuya afectación se pretende, con

⁵ Superintendencia Financiera. Concepto No. 2000101895-4. Junio 8 de 2001 pensión de invalidez. 1 Jaramillo J. Carlos Ignacio. Derecho de Seguro. Tomo IV: Teoría General del Contrato y Análisis de algunos seguros en particular. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013. Pág. 261.

el fin de respaldar el argumento previamente expuesto:

Póliza y duración:	Póliza nº: 022312401 / 0 Duración: Desde las 00:00 horas del 14/07/2018 hasta las 24:00 horas del 19/07/2018. Importes expresados en PESO COLOMBIANO.
---------------------------	---

Póliza y duración:	Póliza nº: 022303415 / 0 Duración: Desde las 00:00 horas del 20/07/2018 hasta las 24:00 horas del 19/07/2019. Importes expresados en PESO COLOMBIANO.
---------------------------	---

Esto implica que el evento no solo había iniciado su ejecución sino que su realización era un hecho previsible y concreto, lo cual lo excluye del concepto de riesgo asegurado.

En segundo lugar, el artículo 1054 del Código de Comercio establece que quedan excluidos de la cobertura de seguros los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles. El proceso automatizado por el banco se encontraba en curso antes de la emisión de la primera póliza, eliminando cualquier incertidumbre respecto de su materialización. De ahí que la acción del banco no pueda considerarse como un riesgo sujeto a aseguramiento, sino como un hecho consumado.

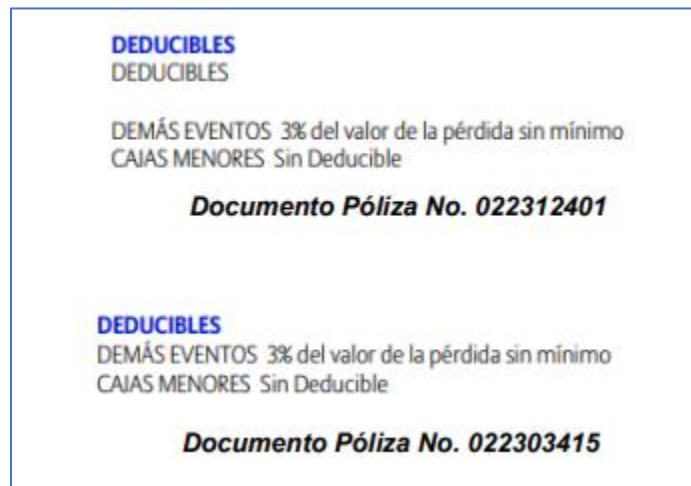
En consecuencia, resultaba jurídicamente improcedente afectar las pólizas No. 022303415/0, y 022312401 / 0 ya que no se cumplen los requisitos esenciales del riesgo asegurado conforme al artículo 1054 del Código de Comercio, ni se acredita la responsabilidad de los funcionarios investigados en los términos exigidos por el régimen de responsabilidad fiscal.

G. LA CONTRALORÍA INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN – EN RELACIÓN CON EL DEDUCIBLE DE LAS PÓLIZAS No. 022303415/0 Y 022312401 / 0

La Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 incurrió en el vicio de nulidad por falsa motivación al expedir el Fallo con Responsabilidad Fiscal No. 0023 del 15 de enero de 2025. Dicho fallo no consideró los deducibles pactados en las pólizas No. 022303415/0 y 022312401/0, lo cual constituye una omisión significativa en la valoración de los hechos.

Al declarar la responsabilidad del tercero civilmente responsable, la Contraloría debió descontar del importe de la presunta pérdida o indemnización tasada el porcentaje o el número de salarios mínimos pactados como deducible en ambas pólizas. La omisión de este aspecto fundamental desvirtúa el cálculo indemnizatorio y afecta los derechos contractuales del tercero involucrado, quienes celebraron el contrato bajo las condiciones explícitas que contemplan dichos deducibles

como una limitación a la obligación de indemnizar. En este caso, la contraloría debió tener en cuenta las siguientes condiciones frente al deducible contenidas en el contrato:



En este contexto, es fundamental que el Honorable Juzgador tenga en cuenta que la definición del deducible y su forma de aplicación han sido ampliamente desarrolladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en diversos conceptos, entre los cuales se destaca el siguiente:

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado. En este orden de ideas, correspondería a las partes en el contrato de seguro determinar el porcentaje de la pérdida que sería asumido por el asegurado a título de deducible, condición que se enmarcaría dentro de las señaladas por el numeral 11 del artículo 1047 del Código de Comercio al referirse a “Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes”⁶

Esta irregularidad, además de contrariar lo estipulado contractualmente, implica una transgresión de los principios de legalidad, equidad y proporcionalidad que deben regir las decisiones en materia de responsabilidad fiscal. Desconocer los términos pactados en las pólizas, específicamente los deducibles previamente acordados, vulnera los derechos de la aseguradora como tercero civilmente responsable y desnaturaliza la finalidad misma del contrato de seguro.

H. EL ENTE DE CONTROL OMITIÓ CONSIDERAR QUE, POR DISPOSICIÓN LEGAL, LA CULPA GRAVE CONSTITUYE UN RIESGO EXPRESAMENTE EXCLUIDO DE COBERTURA.

El haber catalogado la conducta de la presunta responsable a título de culpa grave genera una

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

ineficacia en la posibilidad de afectar los contratos de seguro expedidos por Allianz, específicamente las pólizas No. 022303415/0 y No. 022312401/0. Esto se debe a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio, la culpa grave constituye un riesgo expresamente excluido de cobertura en los contratos de seguro, salvo que se haya pactado lo contrario de manera explícita, lo cual no ocurrió en el presente caso.

En este sentido, cualquier reclamación presentada contra las pólizas mencionadas resulta improcedente, pues la configuración de culpa grave no activa la cobertura aseguradora, quedando el asegurador eximido de responsabilidad. Lo anterior evidencia una falta de valoración adecuada de las exclusiones legales y contractuales al momento de emitir el fallo de responsabilidad fiscal, lo cual constituye un vicio de nulidad por falsa motivación, dada la improcedencia de vincular a la aseguradora en el cumplimiento de obligaciones derivadas de un riesgo excluido.

Por lo tanto, se debe declarar la ineficacia de la afectación de las pólizas y ordene su desvinculación del proceso, en respeto a las disposiciones legales y a los términos contractuales aplicables.

I. COEXISTENCIA DE SEGUROS

La Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 ordenó la afectación de cuatro pólizas de manejo expedidas por distintas compañías aseguradoras, incluyendo Allianz Seguros S.A., bajo el argumento de que todas cubren los hechos objeto de investigación fiscal. Sin embargo, esta decisión carece de una correcta fundamentación jurídica, pues omitió aplicar los criterios establecidos en el artículo 1092 del Código de Comercio, que regula la coexistencia de seguros y la distribución proporcional del riesgo entre las aseguradoras. En el mismo se indica lo siguiente:

Artículo 1092 – Indemnización cuando hay coexistencia de seguros. Cuando un mismo interés asegurable haya sido cubierto por varios seguros y la suma de los capitales asegurados exceda el valor real del interés asegurado, todos los aseguradores concurrirán proporcionalmente para cubrir la indemnización que corresponda, sin que el asegurado pueda obtener una suma superior al valor del interés asegurado.

En el artículo 1092 del Código de Comercio se dispone que cuando varias aseguradoras cubren un mismo riesgo, cada una debe responder en proporción a la cuantía asegurada en su respectivo contrato. Esta regla busca evitar tanto el enriquecimiento indebido del asegurado como la sobrecarga de una aseguradora en particular, promoviendo una distribución justa y equitativa del pago de la indemnización.

En este sentido, al haberse ordenado la afectación de cuatro pólizas de manejo, era indispensable que la Contraloría determinara con precisión el porcentaje de participación del riesgo de cada aseguradora. Esto implicaba analizar los montos asegurados por cada póliza y su relación con el presunto detrimento patrimonial. De igual manera, debió establecerse una distribución proporcional

del pago, definiendo con claridad cuánto correspondía asumir a cada compañía aseguradora según la proporción de su respectiva póliza.

La omisión de este procedimiento podría dar lugar a una afectación indebida de los contratos de seguro, contraviniendo los principios de equidad y legalidad que deben regir las decisiones en materia de responsabilidad fiscal. Además, genera un escenario de inseguridad jurídica al no definirse de manera clara y transparente las obligaciones de cada aseguradora frente al presunto detrimento patrimonial, tasado en la suma de **QUINCE MILLONES SETECIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$15.706.304)**.

J. NULIDAD DEL ASEGURAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE LA RETICENCIA DEL TOMADOR, ASEGURADO Y AFIANZADO.

1. NULIDAD DEL ASEGURAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE LA RETICENCIA DEL TOMADOR, ASEGURADO Y AFIANZADO.

Sin perjuicio de que se encuentra plenamente demostrado que el contrato de seguro expedido por mi representada carece de cobertura respecto de los hechos sancionados, debe considerarse que dicho contrato no puede verse afectado por esta circunstancia, ya que se encuentra viciado de nulidad. Esta nulidad se origina en el hecho de que, al momento de perfeccionarse el contrato, el Municipio de Ibagué incurrió en reticencia, pues, al solicitar el perfeccionamiento de su aseguramiento, omitió declarar de manera sincera y completa el estado del riesgo. Dicha omisión constituye una violación al principio de buena fe contractual, que obliga a las partes a revelar toda la información relevante que pueda influir en la evaluación del riesgo por parte de la aseguradora.

En términos generales, la reticencia del contrato de seguro es una figura jurídica que busca proteger a las compañías aseguradoras de las omisiones y declaraciones inexactas de los asegurados frente a los riesgos que estos últimos buscan trasladar. Esta institución jurídica tiene su sentido de existir, en virtud de que son los tomadores, asegurados y afianzados los que conocen a la perfección todas las circunstancias que rodean el riesgo que se pretende trasladar a las aseguradoras y, en consecuencia, atendiendo al principio de ubérrima buena fe, deben informarlos claramente durante la etapa precontractual. En este sentido, la doctrina más reconocida en la materia ha sido clara al establecer que quien conoce el riesgo es el que tiene el deber de informarlo:

Quien realmente conoce el estado del riesgo es el tomador, de ahí que la ley le imponga a él la obligación radical de declararlo sincera y completamente al momento de la celebración del contrato, esto es, informar fehacientemente sobre todas las circunstancias conocidas por él que puedan influir en la valoración del riesgo, según el cuestionario suministrado por el asegurador (art. 1058 C.Co), a fin que éste sepa en qué condiciones se encuentra ya sea la cosa o bien asegurado o la vida, a efecto que decida si lo ampara, lo rechaza o fija condiciones de contratación, acordes a la situación anormal, grave o delicada de dicho riesgo, lo que sirve para afirmar que, en sana lógica, el asegurador solo asume el riesgo cuando conoce de qué se trata, cuál es su magnitud o extensión, y el grado de exposición o peligrosidad de su ocurrencia.

En el presente caso, como se ha expuesto anteriormente, no puede atribuírsele un riesgo a mi representada, ya que el Municipio de Ibagué pudo prever y, de hecho, tuvo conocimiento del riesgo alegado. Al contar con dicha información, el municipio tenía la obligación de declararlo de manera precisa y completa al momento de la contratación del seguro. La omisión de esta declaración, al ser consciente de las implicaciones que podía acarrear, configura una falta de diligencia que vicia el contrato, afectando la relación jurídica y la correcta valoración del riesgo por parte de la aseguradora.

La Corte Constitucional en Sentencia T-437 de 2014, ha sido clara al explicar que: (i) la reticencia del asegurado produce la nulidad relativa del contrato y (ii) que para alegar la reticencia únicamente se debe demostrar que el asegurado y/o afianzado omitió informar o informó de manera inexacta las características del riesgo que estaba trasladando y que esta omisión o falta, de haber sido conocida por la aseguradora con anterioridad a la perfección del contrato, hubiera hecho que esta última se abstuviera de celebrar dicho acuerdo o hubiera inducido unas condiciones más onerosas:

Ahora bien, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido enfáticas al afirmar que, si bien el artículo 1035 del Código de Comercio no lo menciona taxativamente, el contrato de seguro es un contrato especial de buena fe, lo cual significa que ambas partes, en las afirmaciones relativas al riesgo y a las condiciones del contrato, se sujetan a cierta lealtad y honestidad desde su celebración hasta la ejecución del mismo.

Por consiguiente y, en atención a lo consagrado en el artículo 1058 del Código de Comercio, el tomador o asegurado debe declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador, toda vez que ello constituye la base de la declaración.

En caso de presentarse reticencias e inexactitudes en la declaración que conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de contratar, se produce la nulidad relativa del seguro.

Es claro que la Corte Constitucional en la sentencia que se decide sobre una acción de tutela, es contundente al afirmar no solo los efectos de la reticencia, sino que también evidencia los únicos requisitos que se deben demostrar para alegarla, esto es, como se dijo, que el tomador, asegurado o afianzado omitió informar o informó inexactamente las características del riesgo que estaba trasladando y que esta omisión o falta, de haber sido conocida por la aseguradora con anterioridad a la perfección del contrato, hubiera hecho que esta última se abstuviera de celebrar dicho acuerdo o por lo menos hubiera inducido unas condiciones más onerosas.

Ahora bien, los elementos más representativos y dicentes que rescata el alto tribunal constitucional en la Sentencia C-232 de 1997, en la que se analizó los requisitos y efectos del artículo 1058 del C.Co, son los siguientes:

- El Código de Comercio se abstuvo de consagrar la inspección del riesgo como una obligación a cargo del asegurador. Es decir, no es un requisito sine qua non para la declaratoria de la reticencia, que la compañía aseguradora verifique el estado del riesgo antes de contratar.

- En línea con lo anterior, dado que las compañías aseguradoras no tienen la obligación de inspeccionar el riesgo con anterioridad a la perfección del contrato de seguro, no puede entenderse que el término de prescripción inicie su conteo desde la celebración del contrato, sino desde que se conoce efectivamente el acaecimiento del siniestro.
- La necesidad de que el contrato de seguro se celebre con la ubérrima buena fe, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la carga de la información precontractual corresponde al tomador del seguro, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el Código de Comercio. En otras palabras, es el tomador del contrato quien tiene la obligación de informar acerca del estado del riesgo y no la aseguradora quien tiene la obligación de verificarlo.

En este contexto, es fundamental señalar que las irregularidades relacionadas con las retenciones del GMF, que fueron identificadas por el equipo auditor, iniciaron en el mes de mayo de 2017 y finalizaron en agosto de 2018. Estas irregularidades, que fueron reportadas bajo el hallazgo No. 82 en el informe de auditoría, involucraban posibles anomalías en el manejo de los recursos públicos, especialmente en lo referente a las retenciones del gravamen a los movimientos financieros (GMF), conocido como el 4x1000. Dado que estas irregularidades fueron detectadas y documentadas en dicho período, resulta evidente que el tomador del seguro, en este caso el Municipio de Ibagué, tenía pleno conocimiento de las mismas en el momento de adquirir las pólizas de seguro No. 022312401 y 022303415.

A pesar de este conocimiento previo, el Municipio de Ibagué, al igual que el funcionario responsable, se abstuvo de informar sobre las irregularidades detectadas al momento de declarar el riesgo al asegurador. Esta omisión en la declaración del riesgo constituye una clara reticencia, ya que el tomador del seguro, al conocer las posibles implicaciones de las irregularidades en el manejo de los recursos públicos y en la aplicación del GMF, omitió proporcionar esta información esencial para la correcta valoración del riesgo por parte de la aseguradora.

Por lo tanto, la reticencia del Municipio de Ibagué no solo evidencia una omisión de información relevante, sino que también pone en evidencia una violación al principio de buena fe que debe prevalecer en la contratación de seguros. Este comportamiento del tomador de no informar sobre las irregularidades conocidas y documentadas antes de la contratación de las pólizas No. 022312401 y 022303415 justifica la nulidad del contrato de seguro, dado que se trata de una falta sustancial que afecta la base del acuerdo, viciando el mismo desde su origen.

En conclusión, en el presente caso debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio, que establece la nulidad del contrato de seguro como consecuencia de la reticencia. El aseguramiento debe considerarse nulo, ya que las personas jurídicas involucradas en la contratación no informaron de manera exacta, precisa y sincera el estado del riesgo que se pretendía transferir a mi representada. Es decir, el afianzado, antes de perfeccionarse el aseguramiento, ya había incurrido en una omisión significativa al no declarar adecuadamente dicha información.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **REPONGA** para **REVOCAR INTEGRAMENTE** el **FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL No. 0023 DEL 15 DE ENERO DE 2025**, proferido dentro del proceso de la referencia, por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acreditan de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, ni un daño cierto y debidamente cuantificado causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN de ALLIANZ SEGUROS S.A.** como tercero garante, en virtud de los diversos argumentos fácticos y jurídicos que demuestran que las Póliza de Manejo No. 022312401 y 022303415 no ofrecen cobertura, dado que el riesgo asegurado en las mismas no se materializó, y el siniestro ocurrió antes de la entrada en vigencia de las mismas y se extendió hasta su vigencia, lo que hace imposible su afectación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1073 del Código de Comercio.
- C. Subsidiariamente, en caso de no ser aceptados los argumentos expuestos, solicito respetuosamente se tengan en cuenta todas y cada una de las condiciones esgrimidas frente a las pólizas de manejo expedidas por mi procurada, en especial el límite del valor asegurado, el porcentaje de coaseguro aceptado, el deducible, la coexistencia de seguros y la disponibilidad del valor asegurado, sujeto al agotamiento.

V. NOTIFICACIONES

Mi poderdante y el suscrito recibiremos notificaciones en la Avenida 6 A Bis # 35N-100, Oficina 212, Centro Empresarial Chipichape de la ciudad de Cali o, en la dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Contralor,

Atentamente,



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

