

Señores

**GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Ant. Francisco Javier Torres Hernández

responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co

cgr@contraloria.gov.co

hiulder.reyes@contraloria.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE APERTURA
EXPEDIENTE: PRF-2021-39381
ENTIDAD AFECTADA: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL
VINCULADOS: COMFENALCO VALLE DE LA GENTE Y OTRO.
TERCERO VINCULADO: ALLIANZ SEGUROS S.A.

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, legalmente constituida, con domicilio principal en la carrera 13 A número 29-24, de la ciudad de Bogotá D.C., identificada con NIT. 860.026.182-5, representada legalmente por la Doctora Andrea Lorena Londoño Guzmán, identificada con la cédula de ciudadanía No. 67.004.161, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio que se aporta con el presente documento, donde se observa, además, el mandato general a mi conferido a través de la escritura pública No. 5107 del 05 de mayo de 2004 otorgada en la Notaría 29 del círculo de Bogotá. Encontrándome dentro del término legal comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO DE APERTURA** proferido en el marco del proceso con radicado **PRF-2021-39381** dentro del cual se vinculó a mi representada en virtud de los contratos de seguro materializados en la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás

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

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

Administradores No. 022900727/0, solicitando que desde ya sea exonerada de cualquier tipo de responsabilidad que pretenda endilgársele, y consecuentemente se proceda a resolver su desvinculación. Todo ello, conforme a los argumentos fácticos y jurídicos que se exponen a continuación:

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal aquí discutido tiene por objeto la investigación de las presuntas irregularidades en las que incurrió Comfenalco Valle EPS, cuando realizó gastos no relacionados con el servicio médico, prevención o recuperación de la salud y por lo tanto no eran estrictamente necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud, desconociendo la legislación en materia de salud frente al uso de los recursos de salud, donde existe expresa disposición del Constituyente frente a que los recursos de la seguridad social por su naturaleza, sólo pueden utilizarse para los fines exclusivos previstos en la ley, incluyendo no solo los recursos destinados a la prestación del servicio de salud, sino los relacionados con los gastos administrativos, lo que conllevó a la pérdida de los mismos y su no destinación hacia el fin de la salud. Gastos relacionados con pagos de anchetas, detalles y/o regalos para funcionarios e hijos, contratación de maestros de ceremonia, alquiler de apartamentos, refrigerios, panadería, pagos de fiestas, actividades recreativas, regalos, publicidad no estrictamente relacionada con la salud, tarjetas de navidad, paraguas, bolsos, camisetas, servicio de música y fragancias. Adicionalmente hizo pagos de beneficios extralegales, indemnizaciones laborales, gravámenes bancarios, intereses moratorios por el pago extemporáneo de las incapacidades, gastos de contribuciones, aportes, afiliaciones y/o cuotas de sostenimiento con organismos privados por libre vinculación y gastos relacionados con edificaciones, terrenos y adecuaciones a pesar de que no registra titularidad de bienes inmuebles con recursos del SGSS.

En este sentido, por medio del Auto No. 528 del 09 de agosto de 2023, se decidió dar apertura al proceso que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **MIL**

SETECIENTOS SETENTA MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y TRES PESOS (\$1.770.094.073), vinculando como presuntos responsables fiscales a:

- **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE – COMFENALCO.**
- **JUAN MAURICIO LERMA GONZÁLEZ**, en calidad de Gerente administrativo y financiero de la caja de compensación familiar COMFENALCO – Valle.

Con base en la anterior información, la Contraloría avocó conocimiento con el fin de determinar y establecer la responsabilidad del sujeto procesal antes mencionado, para también verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, se ha causado por acción u omisión, y en forma dolosa o gravemente culposa, un menoscabo o detrimento al patrimonio del Estado

Vinculación indebida de ALLIANZ SEGUROS S.A. en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0 con las vigencias descritas más adelante; tomada por parte de COMFENALCO VALLE de la gente, resaltando que dicha vinculación se realizó de manera indebida, toda vez que los contratos de seguro no podrán afectarse por cuanto no se realizó el riesgo asegurado y no ofrecen cobertura temporal, debido a la modalidad concertada.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dichas pólizas de seguro, por cuanto, en primer lugar, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que las mismas no prestan cobertura en el caso concreto. Y, en segundo lugar, no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** no ofrece **cobertura temporal**, por cuanto el contrato de seguro se pactó bajo la modalidad de *Claims made*” y *“Sun Set*, la cual ampara las reclamaciones presentadas por primera vez contra las personas aseguradas durante la vigencia del seguro o del periodo adicional para notificaciones (24 meses). La vigencia

pactada fue desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021, por lo que el periodo adicional para notificaciones va hasta el 29 de mayo de 2023. Sin embargo, la notificación al asegurado del auto de apertura No. 528 del 9 de agosto de 2023, se realizó el 02 de abril de 2024, es decir por fuera de la vigencia y del periodo adicional de la póliza.

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio requerido respecto de la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de la misma, pues 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 las pólizas antes referida. Toda vez que en su lugar, se evidencia la falta de cobertura temporal de la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, y en el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el ente de control endilgar al presunto responsable.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**

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

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

“ARTICULO 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, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular, el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el proceso de responsabilidad fiscal identificado con el radicado **No. 2021-39381**.

A. CADUCÓ EL TÉRMINO PARA PROFERIR AUTO DE IMPUTACIÓN, POR LO QUE DEBERÁ ARCHIVARSE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN.

A lo largo de la investigación realizada por el ente fiscal, se prevé la aparente existencia de un detrimento patrimonial configurado por las presuntas irregularidades presentadas que incurrió Comfenalco Valle EPS, cuando realizó gastos no relacionados con el servicio médico, prevención o recuperación de la salud determinado por el Contralor y el equipo auditor de la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental del Valle del Cauca, situación por la cual se dio **apertura al proceso de responsabilidad fiscal mediante auto No. 528 del 9 de agosto de 2023**. Sin

embargo, **caducó el término para proferir auto de imputación**, toda vez que de acuerdo a lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Situación que no ocurrió en el caso concreto, pues hasta la fecha el ente de control lleva más de diez (10) meses sin proferir auto de imputación, por lo que claramente **caducó el término para proferir auto de imputación**, y su consecuencia jurídica es archivar la presente investigación fiscal.

Al respecto, no debe perderse de vista que el fundamento para la previsión legal de estos términos relacionados de caducidad deriva de la aplicación de la seguridad jurídica, toda vez que *“ningún beneficio representa para la sociedad que, como se anticipó, las relaciones jurídicas se mantengan insolubles, eterna o indefinidamente”*¹

Ahora bien, en referencia en forma específica al fenómeno de caducidad, la Corte Constitucional en sentencia C 250 de 20011, estableció que *“la caducidad es el límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declara por el juez oficiosamente”*.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el ente de control cuenta con tres (3) meses prorrogables hasta dos (2) meses más para proceder a dictar auto de archivo o auto de imputación fiscal. Tal y como lo prevé la norma señalada anteriormente:

“Artículo 45.Término. **El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.**

Artículo 46.Decisión. **Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal,** mediante providencia motivada, según sea el caso.” (negrilla y subrayada por fuera del texto original)

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el ente de control contaba con cinco (5) meses a partir del auto de apertura para proferir auto de archivo o auto de imputación, situación que no ocurrió en el

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4690. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Junio 29 de 2007.

caso en concreto, toda vez que hasta la fecha han pasado más de diez (10) meses sin que se profiriera auto de imputación, por lo tanto, es evidente que caducó la acción fiscal.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que, resulta jurídicamente improcedente continuar con el proceso de responsabilidad fiscal respecto de los hechos ocurridos en el año 2021, por cuanto se reúnen los presupuestos para su archivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

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

En este sentido, debiéndose archivar el proceso de responsabilidad fiscal mediante el cual se estudian los hechos aquí investigados, resulta procedente concluir que no es válido afectar ningún amparo que hubiere sido otorgado respecto de los hechos que aquí se debaten.

En conclusión, deberá tenerse como probado este reparo, teniendo en cuenta que en el caso en concreto se ha configurado el fenómeno de caducidad para proferir auto de imputación y, en consecuencia, es procedente dar trámite al archivo del presente proceso de responsabilidad fiscal.

B. INEXISTENCIA DEL HECHO Y DE LA SUPUESTA CONDUCTA GENERADORA DEL DAÑO.

De acuerdo a lo señalado en el auto de apertura, el aspecto central de la investigación radica en una simple afirmación carente de fundamento, sin tan siquiera haberse efectuado por parte del ente de control un análisis profundo frente a los supuestos hechos y conductas que generaron la presente investigación y que concluyeron en la existencia de un aparente detrimento patrimonial. En el acápite de los hechos del mencionado auto de apertura, se relacionan sendos contratos sin especificar cuál es la afectación o contrariedad de cada uno de ellos, además el buen funcionamiento de COMFENALCO incluye también el bienestar de sus trabajadores y de las instalaciones donde se ejercen las actividades con relación a la misión y visión de la institución mencionada. Por lo que no es de recibo que el ente de control señale que los contratos suscritos

por COMFENALCO VALLE no aportan al servicio médico sin saltarse y discriminar en tal sentido el bienestar de los trabajadores. Además, debe tenerse en cuenta que COMFENALCO únicamente no realiza actividades relacionadas con el servicio de salud, sino que también cuenta con programas de empleabilidad, educación y cultura, recreación y deporte, vivienda, hotelería y turismo, créditos, subsidios etc, de los cuales recibe recursos. Por lo tanto, el ente de control no puede aseverar con tal firmeza que los recursos relacionados en la ejecución de los contratos fueros obtenidos de la Salud. Ahora bien, de la lectura de lo señalado anteriormente, lo único que se evidencia es la buena y excelente gestión adelantada por el gerente de COMFENALCO y todos sus colaboradores quienes realizaron las actividades en pro del bienestar de los trabajadores, pues la ciencia y las reglas de la experiencia han demostrado que estas actividades se ven reflejadas en el buen desarrollo y cumplimiento de sus labores. Por lo tanto, ante la falta de existencia de alguna conducta dolosa, gravemente culposa u omisión que represente la **materialización del daño**, el ente de control no tiene otra opción más que archivar el presente caso.

La Ley 610 de 2000 reguló lo atinente al daño, en su artículo 6º indicó lo siguiente:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende **por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal.** Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”. **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

En virtud del precepto normativo transcrito se señala que el daño patrimonial al Estado es la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados

por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control del ente de control.

Así mismo, en Sentencia² del Consejo de Estado se señaló que:

(...) La responsabilidad fiscal es una responsabilidad autónoma y por tanto, distinta de la responsabilidad penal y de la disciplinaria. (...) **Es importante destacar que el objeto de la responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento pleno de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan en la causación de tales daños.** (...) **(negrilla y subrayada por fuera del texto original)**

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que realice gestión fiscal y que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. Situación que no ha ocurrido en el caso en concreto, pues el ente de control no ha señalado con claridad cuál es la conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionó el supuesto detrimento patrimonial. Pues, por el contrario, en el auto de apertura se señala una serie de narrativas y situaciones que evidencia el cumplimiento de los objetivos institucionales, máxime cuando COMFENALCO no únicamente maneja recursos provenientes de la salud, sino que también programas de empleabilidad, educación y cultura, recreación y deporte, vivienda, hotelería y turismo, créditos, subsidios etc. Tal y como se observa en la imagen adjunta extraída de la pagina oficial de la entidad:



Razón por la cual el ente de control no puede afirmar con tal seguridad que los recursos utilizados para la ejecución de los contratos relacionados en el auto de apertura provienen del Ministerio de

² Sentencia del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Mp. Edgar Gonzáles López. Radicado: 11001-03-06-2020-00001-00 (2442). 28 de mayo de 2020.

Salud y tiene destinación específica, pues se insiste que COMFENALCO no únicamente recibe recursos de este sector. Ahora bien, es importante tener en claro que el proceso de responsabilidad fiscal tiene como único fin resarcir los recursos públicos que fueron extraídos y utilizados para provecho propio de los investigados, más no para enriquecer a la entidad afectada. En el caso en concreto, el mismo ente de control reconoce que los dineros fueron utilizados para dar cumplimiento al objeto del contrato.

Así las cosas, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el daño patrimonial al Estado solo puede ser producido en ejercicio de la gestión fiscal, en consonancia con el artículo 5 de la Ley 610 de 2000 que dispone como uno de los elementos de la responsabilidad fiscal una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Así entonces, si la responsabilidad fiscal solo puede ser atribuida a alguien que realiza la gestión fiscal necesariamente esa responsabilidad lo será por un daño causado en ejercicio de dicha gestión. Entonces, deben reunirse dos elementos: i) una persona que realiza gestión fiscal y ii) el daño producido en ejercicio de la gestión fiscal. Ahora bien, el artículo 4º de la Ley 610 de 2000 al establecer el objeto de la responsabilidad fiscal, determina que la misma tiene por fin el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Descendiendo al caso en concreto, es preciso señalar que el aspecto central de la investigación fiscal radica en una simple afirmación carente de fundamento, referente a la suscripción de contratos los cuales como se explico anteriormente, tienen relación subjetiva con el buen funcionamiento de la entidad pues los trabajadores también hacen parte integral de la institución por lo que velar por su bienestar no es contrario a la ley, máxime cuando la Corte Constitucional en sendas jurisprudencias ha señalado la importancia de cuidar al trabajador, de velar por su bienestar y dignidad humana, establecer espacios agradables que contribuyan al buen funcionamiento y ejercicio de sus labores.

En conclusión, se debe tener en cuenta que el rol de los investigados siempre fue acorde con los principios de la función pública, pues desarrollaron actividades que si tienen relación directa con el

buen funcionamiento y prestación del servicio de salud, ya que velar por el bienestar de los trabajadores contribuye a que estos presten sus servicios de manera eficiente y oportuna. Por lo tanto, debe hacerse énfasis en que las pruebas aportadas dan fe del cumplimiento de los investigados en el buen manejo del rubro establecido. Pues no se ha establecido una conducta negligente, culposa o dolosa que acredite el mal manejo del presupuesto otorgado para la realización de dicha actividad. Así las cosas, en la medida que en el caso objeto de estudio se parte de especulaciones que no acreditan el verdadero acontecimiento de un hecho u omisión que dé origen a una responsabilidad fiscal, y mucho menos la existencia de un detrimento del erario por parte de los investigados, es claro que el ente de control deberá proceder con el archivo de la presente investigación.

C. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - INEXISTENCIA DE DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

El ente de control señala que existe un daño patrimonial al Estado, en relación a la supuesta suscripción de sendos contratos por parte de COMFENALCO, sin tener en cuenta que todos ellos tienen relación directa con la buena prestación del servicio de salud. Pues contribuir con el bienestar de los trabajadores de forma directa e indirecta coadyuva a que se preste un servicio mas eficiente, servicial y basado en los principios de la función pública. Maxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico no es delito ni contrario a la Ley invertir en el bienestar y estabilidad de los trabajadores, pues la ciencia y las reglas de la experiencia han demostrado grandes beneficios positivos con este tipo de actividades. El ente de control señala que el detrimento asciende a la suma de **MIL SETECIENTOS SETENTA MILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y TRES PESOS (\$1.770.094.073)**. Sin embargo, el daño patrimonial predicado es inexistente máxime cuando se demostró que dichos recursos fueron destinados únicamente para la prestación del servicio de salud, pues como se referenció en la excepción anterior, esta entidad también ofrece servicios de programas de vivienda, subsidios, recreación, educación y cultura, hotelería y turismo etc. Por lo que no hay evidencia de lo señalado por el ente de control dentro del auto de apertura.

Así las cosas, no se ocasionó un detrimento patrimonial al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** máxime cuando para que se configure la responsabilidad fiscal es imperativo que en el plenario se encuentre suficientemente acreditado un daño patrimonial al

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

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

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

Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública”, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos,** para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).³

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

³ Ibidem.

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

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

En este orden de ideas, se debe tomar en consideración que la entidad afectada a través de sus funcionarios cumplió con los objetivos institucionales, es decir, no fue negligente ni actuó de manera temeraria e irresponsable con los recursos de la institución. Por esta razón, ante la inexistencia de un daño patrimonial causado en contra del Estado, es jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal, por lo que consecuentemente, el Despacho imperativamente tendrá que archivar el proceso bajo análisis. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 47 de la ley 610 de 2000, el cual explica:

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

De esta forma, se concluye, que no existe un detrimento patrimonial causado al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** máxime cuando no existen elementos materiales probatorios

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

que den cuenta que los aquí investigados incurrieron en una conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionara un detrimento patrimonial al Estado. Adicionalmente, es menester señalar que por el simple hecho de que los colaboradores de la institución hayan ejecutado contratos en pro del bienestar de los mismos no indica que esos se hayan adelantado con recursos de destinación específica, pues no existe dentro del plenario una prueba que soporte ello. Por lo contrario, se demuestra que COMFENALCO de la gente también oferta servicios relacionados con programas de viviendas, subsidios, hotelería y turismo, educación y recreación, de los cuales provienen diferentes recursos económicos. Lo anterior denota un evidente vacío probatorio que no demuestra en lo absoluto un daño patrimonial. Es por ello, que en el presente asunto no se cumplen los presupuestos para señalar que existió un detrimento patrimonial, pues los recursos económicos utilizados no tenían destinación específica, como erradamente lo señala el ente investigador en el auto de apertura.

D. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL - POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE.

De acuerdo con lo señalado en el auto de apertura, el aspecto central de la investigación radica en una simple afirmación carente de fundamento, referente a una supuesta destinación de los recursos públicos de salud en actividades que están por fuera de garantizar la prestación del servicio de salud. Sin embargo, se destaca que, no se estableció la presunta conducta culposa o gravemente dolosa de los aquí investigados que sustentara la investigación. Por el contrario, se evidencia una conducta diligente acorde a los principios de la función pública, bienestar y calidad humana lo cual genera un ambiente laboral ameno que contribuye con el buen servicio y atención a los usuarios. Por lo tanto, no se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal y el ente de control deberá archivar la presente investigación.

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

“6.6. 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.

(...)

6.11. 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.**⁵ (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 dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda

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

predicarse la responsabilidad fiscal respecto de determinada persona, es necesario demostrar que su actuación fue realizada de forma gravemente culposa o indiscutiblemente dolosa. Por supuesto, este planteamiento correlativamente impide declarar la responsabilidad fiscal en aquellos eventos en los cuales la actuación del gestor fiscal se enmarque únicamente dentro de la culpa leve o levísima.

Señalado lo anterior, resulta de gran importancia examinar si las actuaciones del señor **JUAN MAURICIO LERMA GONZALEZ** como gerente de **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** para la época de los hechos, puede ser catalogada como una conducta dolosa o gravemente culposa, a la luz de los elementos probatorios que obran en el plenario. En este sentido, se deben iniciar abordando los conceptos de culpa grave y dolo, que por mandado del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

En este orden de ideas, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave de la siguiente forma:

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta ‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes’ (Mosset Iturraspe J., Responsabilidad por daños, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1971, pág.89; citado por Stiglitz Rubén S., Derecho de Seguros, T.I., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, pág.228).”⁶ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

⁶ 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

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

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, **caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa** (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁷

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a la persona previamente identificada, 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 permiten acreditar una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del presunto responsable. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios que obran en el expediente, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, garantizando el bienestar de sus colaboradores, lo que se traduce en una eficiente prestación del servicio.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de estas personas puede ser catalogada como una actuación negligente que se asimile al de las personas más descuidadas (gravemente culposa), o con una intención positiva y maliciosa de causar un daño al patrimonio público (dolosa), toda vez

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

que existen elementos probatorios, conducentes, pertinentes y útiles que sin duda alguna acreditan una preocupación por cumplir con sus funciones, de suerte que, al no existir prueba fehaciente del elemento que aquí se discute, corresponderá al ente de control declarar su inexistencia y proceder con el archivo del proceso.

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

“ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

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

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

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

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

Ahora bien, es importante resaltar que el ente de control no tuvo en cuenta que el aquí vinculado como presunto responsable, actuó conforme a los principios de la función pública y de acuerdo a las funciones otorgadas para el cargo que desempeñaba, por lo que no se evidencia una conducta contraria a la gestión pública, como se detalla a continuación:

El ente de control señala a **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** de manera general como presunto responsable sin realizar la debida individualización del vinculado, pues esta entidad es una persona jurídica la cual es representada por su representante legal que se traduce en el gerente del mismo, es decir que únicamente se estaría vinculando al gerente de la entidad y no a los demás colaboradores. Razón por la cual y bajo esta premisa se realiza la siguiente precisión:

El señor **JUAN MAURICIO LERMA GONZÁLEZ**, se destaca que fungía como gerente de **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE**, es decir, representante legal de la entidad para efectos fiscales y administrativos, sin embargo, no eran quien, aprobaba el presupuesto para la ejecución de los contratos, pues esta actividad está en cabeza de los revisores fiscales quienes tienen a su cargo la destinación de los recursos. El representante legal únicamente suscribe los contratos y designa los supervisores de los mismos, pero no desembolsa ni destina los recursos, para ello hay un área encargada directamente. Es por ello, que mal haría el ente de control, atribuir responsabilidad fiscal a un sujeto que dentro de sus obligaciones y/o funciones no tenía la de destinar, concretamente, los recursos económicos.

Por lo anterior, nótese como no existen elementos materiales probatorios contundentes que lleven al ente de control a determinar que existió una actuación culposa o dolosa del aquí investigado, cuando fue éste el principal ejecutor de los principios de la función pública.

En conclusión, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, no se evidencia que el ente de control haya determinado con claridad cuál es la conducta desarrollada por el presunto responsable que conllevó a la iniciación del proceso fiscal, pues es claro que no se acreditó que los recursos utilizados para la ejecución de los contratos provengan del Ministerio de Salud y así mismo, el gerente no era el encargado de la destinación de los recursos económicos. Por lo tanto, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa al funcionario **JUAN MAURICIO LERMA GONZALEZ** máxime cuando primero, en el auto de apertura no se señaló con claridad cuál fue la conducta dolosa o gravemente culposa en la que incurrió el investigado, pues el ente de control únicamente señala los compromisos que tenían, que se reitera fueron cumplidas a cabalidad, sin señalar la actuación contraria a derecho que generó la presente investigación. Sin embargo, si por alguna razón el honorable Despacho llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

CAPÍTULO III. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA INDEBIDA VINCULACIÓN DE ALLIANZ SEGUROS S.A.

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros que represento, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el Honorable Juzgador no tuvo en cuenta que la

póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone:

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

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

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

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

Ahora, es importante 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, y la Circular 005 del 16 de marzo de 2020 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 República 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.”[1] (...) (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** y de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0**, limitándose exclusivamente a enunciar la existencia de estas. 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.

Dicho lo anterior, se presentarán los argumentos por los cuales se solicita la desvinculación de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, así:

A. AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA RC PARA MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES NO. 022687474/0.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021 no ofrece **cobertura**, toda vez que, no se cumplieron los requisitos de las modalidades bajo la cual fue pactada, esto es “*Claims Made*” y “*sunset*” la cual ampara las reclamaciones presentadas por primera vez contra las personas aseguradas durante la vigencia del seguro o del periodo adicional para notificaciones (24 meses). La vigencia pactada fue desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021, por lo que el periodo adicional para notificaciones va hasta el 29 de mayo de 2023. Sin embargo, la notificación al asegurado del auto de apertura No. 528 del 9 de agosto de 2023, se realizó el 02 de abril de 2024, es decir, por fuera de la vigencia y del periodo adicional de la póliza. Dicho en otros términos, **la notificación al asegurado se realizó por fuera de la vigencia de la póliza, dejando por fuera la cobertura y el cumplimiento de uno de los requisitos indispensables para que opere este tipo de póliza.** En consecuencia, existe una evidente falta de legitimación en la causa material por pasiva de la compañía aseguradora, por cuanto la póliza vinculada no ofrece cobertura temporal, tal y como se ha señalado anteriormente.

Ahora bien, si bien es cierto que entre mi representada y **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** se celebró el negocio asegurativo documentado en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021, se debe recordar que en dicho contrato de seguro también se concertó una delimitación temporal de la cobertura, con fundamento en artículo 4 de la Ley 389 de 1997; esta norma determina que en el seguro de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia o el periodo adicional para notificaciones, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación (hechos pretéritos).

La **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021 opera bajo la modalidad

de cobertura denominada "Claims Made" y "Sunset" en virtud de la cual se deben cumplir de manera simultánea los siguientes requisitos: (i) Que los hechos ocurran dentro de la vigencia de la póliza o dentro del período de retroactividad pactado, (ii) Que los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza o dentro del periodo adicional para notificaciones de 24 meses, tal y como se pactó en el respectivo condicionado particular así:

SECCION PRIMERA

1.1 CONDICION PRELIMINAR

El presente contrato está compuesto por las condiciones particulares y generales y demás condiciones estipuladas en este documento, incluyendo todo suplemento emitido en adición, modificación o sustitución por escrito. Cualquier palabra o expresión a la que se le atribuya un sentido específico tendrá dicho sentido allí donde se utilice. La presente póliza cubre únicamente las reclamaciones presentadas por primera vez contra las personas aseguradas durante la vigencia del seguro o del periodo adicional para notificaciones, de ser aplicable ("daims made").

si el contenido de la póliza difiere de la solicitud de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador de la póliza podrá reclamar a la compañía en el plazo de un mes contado desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se someterá a lo dispuesto en la póliza.

En caso de conflicto de interpretación, duda o contradicción, prevalecerá siempre el contenido de las condiciones particulares sobre las condiciones generales.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto tenemos que, en el caso particular, si bien los hechos ocurrieron dentro del período de retroactividad pactado en la póliza, la vinculación del asegurado al proceso de responsabilidad se dio a través del auto No. 528 del 9 de agosto de 2021 notificado al asegurado el 2 de abril de 2024 tal y como se evidencia en la imagen adjunta:

Rubén Darío Henao Orozco <rbhnaoo@gmail.com>

Mar 02/04/2024 15:44

Para: Hiulder Humberto Reyes Lozano (CGR) <hiulder.reyes@contraloria.gov.co>

1 archivos adjuntos (35 KB)

Outlook-m4wkgs.png;

Acuso recibo auto de apertura del proceso de la referencia. RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO abogado

El mar, 2 de abr. de 2024 3:33 p. m. Hiulder Humberto Reyes Lozano (CGR) <hiulder.reyes@contraloria.gov.co> escribió:

Doctor
RUBEN DARIO HENAO OROZCO
Apoderado COMFENALCO
CALI-VALLE.

Atendiendo su escrito de fecha 05 de marzo de 2024, me permito remitir a usted para los fines que estime pertinentes, copia del auto de apertura de PRF-2021-39381, mediante el cual fue vinculado como presunto fiscal a la entidad COMFENALCO VALLE DE LA GENTE, entidad de la cual usted funge como su apoderado legal.

Atentamente,

Por lo anterior, el reclamo al asegurado se materializó con la notificación del auto de apertura contenido en el auto No. 528 del 9 de agosto de 2023, es decir, por fuera de la vigencia de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021, mas el periodo adicional de dos (2) años, es decir hasta el 29 de mayo de 2023, fecha para la cual ni siquiera se había proferido el auto de apertura mencionado. Por lo anterior, al no cumplirse con uno de los requisitos pactados en el contrato de seguro esta no esta llamada a afectarse bajo ningún criterio fáctico o jurídico.

Se concluye, que al no reunirse los presupuestos para que opere **la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021 pactada bajo la modalidad de "Claims Made" y "Sunset", la cual sirvió como sustento para vincular a mi representada como tercero civilmente responsable, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de esta.

B. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA POR CUANTO NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA RC PARA MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES No. 022900727/0.

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende ente de control endilgar al presunto responsable. Lo anterior, toda vez que la Contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación del presunto detrimento patrimonial. Por el contrario, se acreditó que **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** únicamente no realiza actividades relacionadas con el servicio de salud, sino también cuenta con programas de empleabilidad, educación y cultura, recreación y deporte, vivienda, hotelería y turismo, créditos, subsidios etc. de los cuales recibe recursos. Por lo tanto, no puede el ente de control aseverar con tal firmeza que los recursos relacionados en la ejecución de los contratos fueros obtenidos de la Salud. Ahora bien, de la lectura de lo señalado anteriormente, lo único que se evidencia es la buena y excelente gestión adelantada por el gerente de COMFENALCO y todos sus colaboradores quienes realizaron las actividades en pro del bienestar de los trabajadores, pues la ciencia y las reglas de la experiencia han demostrado que estas actividades se ven reflejadas en el buen desarrollo y cumplimiento de sus labores. Por lo tanto, ante la falta de existencia de alguna conducta dolosa, gravemente culposa u omisión que represente la materialización del daño, el contrato de seguro no podrá afectarse.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone esta excepción toda vez que **ALLIANZ SEGUROS S.A.** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales documentadas en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022, el amparo que se pretende afectar con la presente acción se pactó así:

2.1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES

La compañía indemnizará, o por cuenta de las personas aseguradas, cualquier pérdida que se derive de cualquier reclamación de la que resulte civilmente responsable por razón de cualquier acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por las personas aseguradas en el ejercicio de sus respectivas funciones como administradores de la sociedad, que sea interpuesta por vez primera contra los mismos, durante el período de vigencia de la presente póliza (y, en su caso, durante el período adicional para notificaciones) excepción hecha del monto de dichos siniestros que haya sido indemnizado por la sociedad.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguros en comento no es otro que amparar las pérdidas que se deriven de cualquier reclamación de la que resulte civilmente responsable por razón de cualquier acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por las personas aseguradas. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022 entrará a responder, si y solo si se acredita la responsabilidad del asegurado y siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el auto de apertura, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos propios de la responsabilidad fiscal y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza del presunto responsable, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad fiscal que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado por en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022, y que sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a la compañía. En tal sentido, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de la

aseguradora. De esta manera, al ser jurídicamente improcedente la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra del señor **JUAN MAURICIO LERMA GONZALEZ** y de **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022, lo que por sustracción de materia significa, la no realización del riesgo asegurado. En consecuencia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No. **PRF- 2021-39381**.

C. EN LA PÓLIZA RC PARA MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES NO. 022900727/0 SE PACTÓ UN SUBLÍMITE PARA LOS RECLAMOS DE JUICIOS O PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe a una investigación por **responsabilidad fiscal** por presuntas irregularidades en las que incurrió **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE**, cuando realizó gastos no relacionados con el servicio médico, prevención o recuperación de la salud y por lo tanto no eran estrictamente necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud, es decir, que presuntamente se causó un detrimento al erario del Ministerio de Salud y Protección Social, es decir que el amparo que eventualmente puede afectarse si se acredita la ocurrencia de la responsabilidad fiscal es el de “juicios o procesos de responsabilidad fiscal” el cual tiene un sublímite por la suma de **QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000MCTE)** los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. Suma que podría variar por cuanto, la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza **va agotando la suma asegurada**, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir fallo con responsabilidad fiscal en contra de nuestro asegurado.

La Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0 cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022 ofrece la siguiente cobertura para el amparo de procesos o juicios de responsabilidad fiscal:

*Juicios o procesos de responsabilidad Fiscal.

Queda establecido que en caso de reclamos por juicios o procesos de responsabilidad fiscal, penal y acción de repetición en contra de las Personas

Aseguradas el límite máximo asumido por el Asegurador será COP 500.000.000 por reclamo y en el agregado anual.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, operaría la suma asegurada correspondiente para el amparo de “juicios o procesos de responsabilidad fiscal”, sin embargo, se deja constancia que la suma puede variar, toda vez que dependerá de la disponibilidad de la suma asegurada. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del asegurado en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la **concurrencia de la suma asegurada**, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

En conclusión, teniendo en cuenta que la presente investigación contra el asegurado es por **responsabilidad fiscal**, derivada supuestamente de presuntas irregularidades en las que incurrió **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE**, cuando realizó gastos no relacionados con el servicio médico, prevención o recuperación de la salud y por lo tanto no eran estrictamente necesarios para garantizar el derecho fundamental a la salud, es decir que presuntamente se causó un detrimento al erario del Ministerio de Salud y Protección Social, el amparo que eventualmente puede afectarse si se acredita la ocurrencia de la responsabilidad fiscal es el de **“juicios o procesos de responsabilidad fiscal”**. Por lo anterior, ruego al ente de control tener en cuenta el límite del valor asegurado para este amparo en específico.

D. LAS EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA RC PARA MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES NO. 022900727/0 Y NO. 022687474/0.

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que los riesgos excluidos son una serie de coberturas que no se amparan dentro del Contrato de Seguro, en cuyo caso de acaecimiento, exigen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Estas coberturas excluidas figuran expresamente en las condiciones generales y particulares de la Póliza. En tal sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, se refirió a las exclusiones de la siguiente manera:

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”⁸

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, contiene una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto, en caso de configurarse una o varias de ellas. Mirémoslas:

3.5. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Reclamaciones que resultende, o que tengan su causa, sean consecuencia de, o de

⁸ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020.

cualquier forma estén relacionadas directa o indirectamente con la prestación de un servicio de carácter profesional con cualquier acto, error u omisión que incurrieren tanto la sociedad, sus subordinadas y/o participadas y/o entidades sin ánimo de lucro como las personas aseguradas en el desarrollo de las actividades propias del objeto social de la sociedad.

3.16. ACTO INTENCIONAL

Cualquier reclamación iniciada o presentada contra una persona asegurada que surja de, se base en, se atribuya a o sea consecuencia de:

- 3.16.1 Obtención de cualquier beneficio, remuneración o ventaja por un asegurado sobre los cuales no tuviera derecho legal alguno o;
- 3.16.2 Cualquier acto intencional deshonesto, fraudulento o doloso cometido por un asegurado:

En el evento que se llegare a determinar que la causa de la investigación versa sobre alguna de las exclusiones anteriormente referenciadas o alguna otra contenida en los condicionados generales pactados en las pólizas la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y en la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, el ente de control deberá darle aplicación y proceder a la desvinculación de la compañía sin afectar los contratos de seguro en comento.

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0 y en la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

E. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DEL PRESUNTO RESPONSABLE, EN TODO CASO, EL DOLO COMPORTA UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo del análisis que se realizó anteriormente, en donde se expuso que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta del gestor, resulta fundamental ponerle de presente al honorable Despacho que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor **JUAN MAURICIO LERMA GONZALEZ** o algún miembro de **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE**, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

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

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación del presunto responsable sí se enmarca dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0, ni la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0 por cuanto dichos riesgos no son asegurables. En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el honorable Despacho no tiene una alternativa diferente que desvincular a la **ALLIANZ SEGUROS S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el No. 2021-39381 por cuanto es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

F. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO EN LA PÓLIZA RC PARA MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES No. 022900727/0.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto se estableció unos amparos los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. Suma que podría variar por cuanto, la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir sentencia condenatoria en contra de nuestro asegurado.

Ahora bien, en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022, se pactaron las siguientes coberturas:

Coberturas Contratadas

Los sublímites de indemnización expresados forman parte integrante del límite de indemnización y no serán en adición al mismo.

Coberturas	Límite Asegurado
1.RC de los miembros de Junta Direc. y demás Administradores	7.000.000.000,00
2.Reembolso a la sociedad por indemni. a miembros de JD y Ad	7.000.000.000,00
3.Cargos en sociedades participadas	7.000.000.000,00
4.Gastos de defensa	7.000.000.000,00
5.Reclamaciones de carácter laboral	7.000.000.000,00
6.Particip. como Miembro de JD de Ent. sin Animo de Lucro	7.000.000.000,00

7. Herederos, Legatarios, Represent. legales y Causahabientes	7.000.000.000,00
8. Cónyuge y compañero permanente	7.000.000.000,00
9. Cauciones judiciales	7.000.000.000,00
10. Gastos de investigación oficial	600.000.000,00
11. Gastos de investigaciones internas	600.000.000,00
12. Gastos de publicidad	800.000.000,00
13. Gastos de manejo de crisis personal	200.000.000,00
14. Gastos de defensa por contaminación	900.000.000,00
15. Perjuicio neto financiero por contaminación	900.000.000,00
16. Gastos de defensa por salud ocupacional y seg. industrial	3.000.000.000,00
17. Nuevas Subordinadas y/o Part. y/o Ent. sin ánimo de Lucro	
18. Límite especial excedente para consejeros no ejecutivos	800.000.000,00
19. Gastos de expertos	300.000.000,00

Coberturas	Límite Asegurado
20. Pérdida por crisis	300.000.000,00
21. Responsabilidad como fundador	7.000.000.000,00
22. Gastos de extradición	300.000.000,00
23. Gastos de emergencia	
25. Gastos de defensa por sanciones pecuniarias	7.000.000.000,00
26. Privación de activos	350.000.000,00
27. Periodo de notificación para personas aseguradas retirada	
28. Adquisición de subordinadas por la gerencia	
29. Periodo adicional para notificaciones	
31. Pagos compensatorios a altos ejecutivos	80.000.000,00

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

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

Sin embargo, nótese como en ninguno de los amparos se encuentra concertado el de procesos, juicios o fallos con responsabilidad fiscal, por lo tanto, deberá el ente de control remitirse a los sublímites donde sí se evidencia el mismo, de la siguiente manera:

***Juicios o procesos de responsabilidad Fiscal.**
Queda establecido que en caso de reclamos por juicios o procesos de responsabilidad fiscal, penal y acción de repetición en contra de las Personas Aseguradas el límite máximo asumido por el Asegurador será COP 500.000.000 por reclamo y en el agregado anual.

Conforme a lo señalado anteriormente, en este caso en particular, operaría la suma asegurada correspondiente para el amparo de “juicios o procesos de responsabilidad fiscal”, sin embargo, se deja constancia que la misma puede variar, toda vez que dependerá de la disponibilidad de la suma asegurada. En todo caso, se reitera, que las obligaciones de la aseguradora están estrictamente sujetas a estas condiciones claramente definidas en la póliza, con sujeción a los límites asegurados y a la fehaciente demostración, por parte del ente de control en este caso, del real y efectivo acaecimiento del evento asegurado.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la **concurrencia de la suma asegurada**, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al Honorable Despacho tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que los contratos de seguro no prestan cobertura por las razones previamente anotadas, en todo caso, dichas pólizas contienen unos límites y valores asegurados que deberán ser tenidos en cuenta por el ente fiscal en el remoto e improbable evento de una condena en contra de mi representada, en calidad de tercero civilmente responsable.

Sin más consideraciones, elevo las siguientes:

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

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

CAPÍTULO IV. PETICIONES

- A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de **COMFENALCO VALLE DE LA GENTE** y el señor **JUAN MAURICIO LERMA GONZALEZ** del proceso identificado con el número **PRF-2021-39381** que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA** por cuanto de los elementos probatorios que obran en el plenario, no se acredita de ninguna manera los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, esto es, no se demuestra un patrón de conducta doloso o gravemente culposo en cabeza del presunto responsable, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.
- B. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** como tercero garante, ya que existe una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que en la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0** cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2020 al 29 de mayo de 2021 **no presta cobertura temporal** para los hechos objeto de investigación dentro del proceso identificado con el número PRF-2021-39381 que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL VALLE DEL CAUCA**.
- C. Comedidamente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **ALLIANZ SEGUROS S.A.** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que no se realizó el riesgo asegurado en la Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0, cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022.

Subsidiariamente:

- A. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta que el único contrato de seguro que

eventualmente prestaría cobertura, desde el ámbito temporal y material es la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0**, cuya vigencia corrió desde el 30 de mayo de 2021 al 29 de mayo de 2022; con un límite del valor asegurado para el amparo de "**juicios o procesos de responsabilidad fiscal**" que asciende a **QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500.000.000MCTE)** y que se encuentran sujetos a la disponibilidad del valor asegurado. Así mismo, ruego se tengan en cuenta las demás condiciones particular y generales del contrato de seguro en mención.

CAPITULO V. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se decreten como pruebas las siguientes:

- 1.1. Copia de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022687474/0**.
- 1.2. Copia de la **Póliza RC Para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores No. 022900727/0**.
- 1.3. Copia de la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020 emitida por la Contraloría General de la República.

CAPÍTULO VI. NOTIFICACIONES

Mi procurada y el suscrito recibiremos notificaciones físicas en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212 de la ciudad de Cali, o al correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Contralor,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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