

Señores

JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (C)

Oficina de reparto

ofjudpop@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: DEMANDA
PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DEL CAUCA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado especial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio principal en la calle 57 No. 9-07 de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.002.400-2, respetuosamente presento **DEMANDA** – medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contra la **CONTRALORIA GENERAL DEL CAUCA**, identificada con NIT 891.500.403-3 representada para los efectos de este acto por el doctor Hernán Grueso Zúñiga, contralor general del Cauca o quien haga sus veces, con el propósito de que se **declare la nulidad** de los Actos Administrativos contenidos en la (i) Auto No. 16 del 15 de noviembre de 2023 “fallo con responsabilidad fiscal” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el (ii) Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 “por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, la (iii) resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024 “por la cual se resuelve el grado de consulta” proferido por el Contralor General del Cauca y otros actos administrativos en los que pueda estar sustentada la decisión contenida en las disposiciones aquí citadas; adicionalmente solicito se ordene el correspondiente restablecimiento del derecho, lo cual formulo previas las siguientes consideraciones:

CAPÍTULO I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES

PARTE DEMANDANTE;

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS: sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio principal en la calle 57 No. 9-07 de Bogotá D.C., identificada con el NIT. 860.002.400-2, representada legalmente por la Doctora **LEYDY VIVIANA MOJICA PEÑA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.511.668 de Bucaramanga y actuando como especial de ella, el suscrito **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 de conformidad con certificado que se allega al expediente. La demandante puede recibir notificaciones a través de correo electrónico notificacionesjudiciales@previsora.gov.co y al través del buzón electrónico del suscrito apoderado notificaciones@gha.com.co

PARTE DEMANDADA;

CONTRALORIA GENERAL DEL CAUCA, identificada con el NIT. 891.500.403-3, representada para los efectos de este acto por el doctor **HERNÁN GRUESO ZÚÑIGA**, Contralor General del Cauca o quien haga sus veces quien puede notificarse en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@contraloria-cauca.gov.co - responsabilidadfiscal@contraloriacauca.gov.co - juridica@contraloria-cauca.gov.co - despacho@contraloria-cauca.gov.co y/o a la dirección física Carrera 7 # 1 N 66 Segundo piso Edificio Lotería del Cauca - Popayán, Cauca.

CAPÍTULO II. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De acuerdo a lo consignado en el artículo 138 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el término para la presentación del medio de control de **“nulidad y restablecimiento del derecho”** será de cuatro (4) meses los cuales se iniciarán a contar desde la notificación del acto administrativo.

“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.**”¹(negrilla y subrayada por fuera del texto original).*

Del texto anterior, se entiende entonces que el término iniciará a contar desde la notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de reposición, es decir, el Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 la cual fue notificada por estados electrónicos el día 08 de febrero de 2024 la cual quedó en firme con la notificación de la Resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024 “por la cual se resuelve el grado de consulta”, notificado el **08 de marzo de 2024**. Es decir que el término del medio de control fenecería el 8 de julio de 2024, sin embargo, el mismo fue suspendido faltando un mes y 18 días para declararse el fenómeno, esto es el 20 de mayo de 2024 cuando se radicó la solicitud de

¹ Artículo 138 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.

conciliación prejudicial y por reparto conoció la Procuraduría 73 judicial I para asuntos administrativos la cual llevó a cabo la audiencia extrajudicial el 6 de agosto de 2024. Reanudado el término de caducidad y sumando los días que faltaban para que ocurriera el fenómeno se entiende que este finalmente fenecería el **24 de septiembre de 2024**. Por lo tanto, la presente demanda se está presentando en tiempo.

CAPÍTULO III. HECHOS

PRIMERO: Mediante Auto No. 36 de 9 de marzo de 2022, la Directora técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva avocó el conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal radicado PRF-36-22 folio 766 del L.R., para que bajo el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal se adelantara la investigación pertinente con el fin de determinar y establecer la presunta responsabilidad de los servidores públicos y de particulares, verificar si en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, han causado por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño, menoscabo, mengua, o detrimento al patrimonio del Estado, o si se destruyó, dañó o deterioró algún bien mueble o inmueble propiedad del estado o si se ha infringió alguna disposición de carácter fiscal vigente.

SEGUNDO: De acuerdo al Memorando No. 202201200007933 del 10 de febrero de 2022 mediante el cual la Directora Técnica de Auditorías y Control Fiscal Participativo de la Contraloría General del Cauca remitió a la Directora técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el Hallazgo Fiscal No. 106 de 1 de julio de 2021 recibido el día 10 de febrero de 2022, detectado dentro de la Auditoria Gubernamental, Modalidad Especial, vigencias 2017 - 2019, en desarrollo de la cual la Dirección de Auditorías encuentra un daño o detrimento patrimonial cuantificado en VEINTIDOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$22.851.055) M.CTE., correspondiente a presuntas irregularidades en la ejecución del Contrato de 28 de marzo de 2019 (Aceptación de la Oferta No. 133 de 2019 de la Invitación Pública No. 021 de 2019), suscrito entre la Alcaldía municipal de Villa Rica y PANADERIA Y RESTAURANTE MI LUZ DOS, NIT. 10740106-3 representada por FANOR CHOCO LUCUMI, identificado con la cédula No. 10.740.106 de Santander de Quilichao El Contrato de 28 de marzo de 2019 (Aceptación de la Oferta No. 133 de 2019 de la Invitación Pública No. 021 de 2019), suscrito por valor de \$23.000.000, tenía por objeto el *"suministro de servicio de logística, mesa y catering para los diferentes eventos, reuniones sociales, atenciones para comisiones a nivel departamental y nacional, que realizará la administración municipal de villa rica – cauca, para la vigencia 2019"*,

TERCERO: Teniendo en cuenta el punto anterior, el presunto detrimento patrimonial tuvo lugar en un periodo comprendido entre **el 02 de abril de 2019 y el 31 de diciembre de 2019**, fecha en que se ejecutó el contrato del 28 de marzo de 2019. Razón por la cual el ente de control realizó el Hallazgo Fiscal No. 106 de **01 de julio de 2021**, correspondiente a la Auditoria Gubernamental, modalidad especial para las vigencias 2017 - 2019 del municipio de Villa Rica.

CUARTO: Por los hechos señalados, el ente de control mediante auto de apertura No. 36 del 09 de marzo de 2022 decidió proferir auto de apertura y consecuentemente vinculó al proceso de responsabilidad fiscal a la señora **JENNY NAIR GOMEZ** en calidad de alcaldesa para la época de los hechos, la señora **FLORALBA DIAS CARABALI** en calidad de supervisora del contrato y como secretaria de desarrollo institucional del municipio de Villa Rica, a la **PANADERIA Y**

RESTAURANTE MI LUZ DOS representada legalmente por **FANOR CHOCO LUCUMI**, y por último en calidad de tercero civilmente responsable vincula a mi prohijada, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil No. 1004190, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020. Determinando que el presunto el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **VEINTIDOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$22.858.055)**.

QUINTO: Mediante auto No. 15 del 7 de diciembre de 2022, la Dirección técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva resolvió imputar responsabilidad contra la señora **JENNY NAIR GOMEZ**, la señora **FLORALBA DIAS CARABALI**, la **PANADERIA Y RESTAURANTE MI LUZ DOS** representada legalmente por **FANOR CHOCO LUCUMI**. Así mismo, mantuvo como tercero civilmente responsable a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**. Por otro lado, esta entidad modificó el valor del detrimento patrimonial a la suma de **CATORCE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL NOVENTA PESOS (\$14.346.090)**.

SEXTO: El 22 de diciembre de 2022 **LA PREVISORA** presentó descargos frente al auto de imputación No. 15 del 7 de diciembre de 2022, en la cual se argumentó la falta de cobertura temporal, toda vez que, no se cumplieron los requisitos de la modalidad bajo la cual fue pactada **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, esto es “*Claims Made*”. Es decir: la póliza ofrece cobertura únicamente frente a las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia del contrato de seguro- entendidas estas como la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables y la aseguradora - derivadas de hechos que se produzcan igualmente durante la misma vigencia. Ahora bien, la reclamación se materializó con la vinculación de la compañía al proceso el día 09 de marzo de 2022, mediante el auto de apertura No. 23. En ese orden de ideas, es un hecho exento de debate probatorio que la reclamación se realizó por fuera de la vigencia de la póliza, por lo que no era posible afectarla, tal y como se observa en el respectivo condicionado particular así²:

OBJETO DEL SEGURO:

Amparar los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad a consecuencia de acciones u omisiones imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa como consecuencia de cualquier investigación o proceso iniciado(s) por cualquier organismo de control, se incluye pero sin estar limitado a: procesos disciplinarios, Administrativos, Civiles, Penales, Responsabilidad Fiscal, de eventos ocurridos durante la vigencia de la póliza o el periodo de retroactividad contratado y reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

MODALIDAD DE SEGURO: Póliza bajo la modalidad Claims Made

CLAUSULADO: Clausulado Previsora RCP-013-6

SÉPTIMO: Sin embargo, el ente de control profirió el acto administrativo No. 16 del 15 de noviembre de 2023 “*fallo con responsabilidad fiscal*” en el que resolvió fallar con responsabilidad fiscal por el daño patrimonial generado al Municipio de Villa Rica a la señora **JENNY NAIR GOMEZ**, la señora **FLORALBA DIAS CARABALI**, la **PANADERIA Y RESTAURANTE MI LUZ DOS** representada legalmente por **FANOR CHOCO LUCUMI**, y consecuentemente tuvo como tercero civilmente responsable vincula a mi prohijada, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**. Así mismo

² Página 2, Hoja Anexa No. 1 de la póliza de responsabilidad civil No. 1004190

decidió modificar el valor del detrimento patrimonial a la suma de **TRECE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDÓS MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS (\$13.822.470)**, toda vez que el material probatorio recaudado y previamente solicitado por los presuntos responsables advertían un mayor porcentaje de ejecución del contrato.

OCTAVO: El 23 de noviembre de 2023, **LA PREVISORA** interpuso recurso de reposición contra la decisión adoptada por el ente de control, en el acto administrativo No. 16 del 15 de noviembre de 2023 *“fallo con responsabilidad fiscal”*, reiterando nuevamente que la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 no ofrecía **cobertura temporal**, toda vez que, no se cumplieron los requisitos de la modalidad bajo la cual fue pactada, esto es *“Claims Made”*, es decir que se ofrece cobertura únicamente de las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia del contrato de seguro- entendidas estas como la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables y la aseguradora - derivadas de hechos que se produzcan igualmente durante la misma vigencia. Ahora bien, la reclamación se materializó con la vinculación de la compañía al proceso, esto es, el día 09 de marzo de 2022 mediante el auto de apertura No. 23, es decir que **la reclamación 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 tal y como se ha señalado anteriormente.

NOVENO: Sin embargo, los argumentos señalados en el hecho anterior no fueron acogidos por el ente de control en el acto administrativo que dejó en firme la decisión, esto es, en el auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición, al afirmar que³:

Respecto al requisito que refiere que los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza, este no es aplicable al ente de control fiscal, dado que el control fiscal que ejerce la contraloría, por mandato Superior es posterior y selectivo, es decir, cuando la administración ya ha agotado los trámites administrativos. Dicho de otra manera, la contraloría no actúa como asegurado o beneficiario sino como ente de control a través de un procedimiento especial regulado por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. Esta última norma en el artículo 120 prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.”

Así las cosas, en el caso que nos ocupa tenemos que el último hecho acto dentro de la actuación contractual se presentó el 23 de diciembre de 2019, el ente de control entonces tiene hasta el 23 de diciembre de 2024 para vincular a la compañía garante, hecho que sucedió mucho antes con la expedición del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 23 de 9 de marzo de 2022, que fue comunicado a la compañía el 10 de marzo de 2022 (folio 299).

³ Página 25 del acto administrativo materializado en el Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 “por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

DÉCIMO: Lo señalado por el ente de control en el acto administrativo evidencia que se desconoció la modalidad bajo la cual fue pactado el contrato de seguro y le dio una interpretación totalmente errónea a tal punto de afirmar que uno de los requisitos de la modalidad “claims made” - *“los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza”* no le era aplicable por la función que ejerce la contraloría, lo cual es totalmente equivocado. Pues no tuvo en cuenta los múltiples pronunciamientos de la Contraloría General de la República, específicamente la Circular No 005 del 16 de marzo de 2020.

DÉCIMO PRIMERO: Adicionalmente, la Contraloría no motivó su decisión de haber declarado como tercero civilmente responsable de **LA PREVISORA**, ni realizó un estudio juicioso, acucioso, ni de fondo de las condiciones particulares y generales que dieron pie a la vinculación de la compañía al proceso. Es pertinente precisar que, desde el momento en el que se profirió el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la compañía de seguros, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. Pues de haberlo hecho habrían notado la evidente falta de cobertura temporal de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020.

DÉCIMO SEGUNDO: El 10 de mayo de 2024, el ente de control notificó el auto de terminación No. 1 del 9 de mayo de 2024 proferido por la entidad y se relacionó el pago que realizó la **EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C.** el 1 de marzo de 2024 y la señora **JENNY NAIR GÓMEZ** el 20 de marzo de 2024, sin embargo, se guardó silencio sobre el pago realizado por mi prohijada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, el 17 de abril de 2024.

DÉCIMO TERCERO: Teniendo en cuenta que el valor restante del detrimento patrimonial fue asumido por la señora **JENNY NAIR GÓMEZ**, el día 20 de mayo de 2024 se solicitó la devolución de **NUEVE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS (\$9.233.240/ MCT)**, valor que pagó **LA PREVISORA S.A.** el día 17 de abril de 2024. Sin embargo, de junio de la misma anualidad, pasado tres (3) meses, el ente de control hace la devolución a la compañía únicamente de la suma de **NUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDÓS MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS (\$9.222.470)**, el cual no corresponde al valor total pagado por la compañía.

DÉCIMO CUARTO: Por lo anterior se evidencia que para la fecha en la que **LA PREVISORA S.A.** realizó el pago, ya uno de los responsables fiscales, es decir la señora **JENNY NAIR GÓMEZ** había efectuado el pago de lo señalado en el acto administrativo No. 16 del 15 de noviembre de 2023 “*fallo con responsabilidad fiscal*”, lo que configuró un enriquecimiento injustificado al ente de control razón por la cual se solicitó la devolución del valor que asumió la compañía.

DÉCIMO QUINTO: El 20 de mayo de 2024 se radicó la solicitud de conciliación prejudicial y por reparto conoció la Procuraduría 73 judicial I para asuntos administrativos la cual llevó a cabo la audiencia el 6 de agosto de 2024 que se declaró FRACASADA ante la ausencia de ánimo conciliatorio.

DÉCIMO SEXTO: A lo largo de la narrativa de los presentes hechos es fácil colegir que los actos administrativos materializados en el (i) Auto No.16 del 15 de noviembre de 2023 “fallo con

responsabilidad fiscal” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el (ii) Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 “por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, la (iii) resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024 “por la cual se resuelve el grado de consulta” proferido por el Contralor General del Cauca, se profirieron con infracción a las normas en las que debió fundarse, estas son, las disposiciones legales y normativas que regulan el contrato de seguro y la vinculación como terceros civilmente responsables a las aseguradoras dentro de los procesos de Responsabilidad fiscal, toda vez que se declaró a **LA PREVISORA S.A.** como tercero civilmente responsable basada en una póliza que claramente no presta cobertura temporal.

CAPÍTULO IV. PRETENSIONES.

PRIMERA: Que se **DECLARE LA NULIDAD** de los siguientes actos administrativos (i) Auto No.16 del 15 de noviembre de 2023 “fallo con responsabilidad fiscal” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, el (ii) Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 “por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, la (iii) resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024 “por la cual se resuelve el grado de consulta” proferido por el Contralor General del Cauca por haber incurrido en los cargos de infracción en las normas en que deberían fundarse y falsa motivación.

SEGUNDA: Como consecuencia de la solicitud precedente, se **ORDENE**, a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, la **indexación** sobre la cuantía que **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** pagó como consecuencia de la obligación contenida en el Auto No. 16 del 15 de noviembre de 2023 “fallo con responsabilidad fiscal”. Toda vez que la compañía realizó un pago sobre el cual no estaba obligado contractualmente, y el ente de control se demoró más de tres (3) meses en hacer la devolución de este, perdiendo la compañía la oportunidad de durante este tiempo utilizar esos dineros o simplemente ganar intereses por ellos.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene el pago de los intereses a los que haya lugar.

CUARTA: Prevenir a la demandada para que dé estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad a los artículos 187 y ss. de la ley 1437 de 2011.

QUINTA: Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

CAPÍTULO V. DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS

Las normas que se vulneraron con los actos administrativos aludidos son los siguientes:

- La Constitución Política de Colombia (artículos 29 y siguientes).
- Ley 389 de 1997 (artículo 4)
- Código de Comercio (artículos 1047 y 1056)
- Ley 610 de 2000 (artículo 44)
- Ley 1474 de 2011 (artículo 120)

Cabe aclarar que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

CAPÍTULO VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL CAUCA FUERON EXPEDIDOS CON FALSA MOTIVACIÓN DESCONOCIENDO LA MODALIDAD DE COBERTURA PACTADA EN EL CONTRATO DE SEGURO.

Los actos administrativos, demandados se encuentran viciados de nulidad toda vez que el ente de control desconoció la modalidad bajo la cual fue expedido el contrato de seguros materializado en la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 esto es “*Claims Made*” y la cual no ofrece cobertura temporal para los hechos objetos de investigación. Lo anterior, en razón a que no se cumplieron los requisitos de la modalidad bajo la cual fue pactada, - “*Claims Made*”, la cual ofrece cobertura únicamente frente a las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia del contrato de seguro, derivadas de hechos que se produzcan igualmente durante la misma vigencia. Ahora bien, la reclamación se materializó con la vinculación de la compañía y de los presuntos responsables al proceso, esto es, el día 09 de marzo de 2022 mediante el auto de apertura No. 23, es decir que **la reclamación, 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 tal y como se ha señalado anteriormente.

El Consejo de Estado⁴, tuvo la oportunidad de referirse a la falsa motivación, indicando que es una causal autónoma e independiente que se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para ser viable su prosperidad:

“es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente (...)”
(Negrilla fuera de texto).

Arribando los anteriores criterios al caso *sub-examine* encontramos que, la Contraloría General del Cauca no tuvo en cuenta hechos que estaban debidamente probados, específicamente respecto a la modalidad de cobertura “claims made” y vigencia de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 y a la fecha de apertura del proceso de responsabilidad fiscal mediante

⁴ Sentencia del Consejo de Estado en providencia del 26 de julio de 2017, radicación 11001-03-27-000-201800006-00, consejero Ponente: Milton Chaves García

Auto No. 23 de 09 de marzo de 2022, los cuales, de haberlos tenido en cuenta, hubiesen incidido de manera determinante en la decisión.

La dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, emitió **Auto No. 36 de 09 de marzo de 2022**, mediante el cual avoca conocimiento y asigna el proceso, y posteriormente, por medio del **Auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal No. 23 de 09 de marzo de 2022**, se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de **VEINTIDOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$22.858.055)**.

Sin embargo, después de la práctica de las pruebas, la Contraloría decidió, en el **auto de imputación de responsabilidad fiscal No. 15 del 07 de diciembre de 2022**, modificar el valor del supuesto detrimento en cuantía de **VEINTIDOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$22.851.055)**, ya que supuestamente el ente de control no logro evidenciar el cumplimiento del objeto contractual con cada una de las obligaciones contractuales, por lo que tuvo vinculados como presuntos responsables fiscales a las siguientes personas: **JENNY NAIR GOMEZ** en calidad de alcaldesa para la época de los hecho, la señora. **FLORALBA DIAS CARABALI** en calidad de supervisora del contrato y como secretaria de desarrollo institucional del municipio de Villa Rica, la **PANADERIA Y RESTAURANTE MI LUZ DOS** representada legalmente por **FANOR CHOCO LUCUMI** y se vinculó como tercero civilmente responsable a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.

Por todo lo anterior, se determinó la época de los hechos como el **periodo comprendido entre el 02 de abril de 2019 y el 31 de diciembre de 2019**, fecha en que se ejecutó el contrato y la fecha en la que se evidenció el posible detrimento corresponde a la del Hallazgo Fiscal No. 106 de **01 de julio de 2021**, correspondiente a la Auditoria Gubernamental, modalidad especial para las vigencias 2017 - 2019 del municipio de Villa Rica.

Ahora bien, si bien es cierto que entre mi representada y el **Municipio de Villa Rica** se celebró el negocio aseguratorio documentado en la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 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, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Ahora bien, la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 vinculada al proceso de responsabilidad fiscal No. 36-22 Folio 766 opera bajo la modalidad de cobertura denominada "*Claims Made*", 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 tal y como se pactó en el respectivo condicionado particular así⁵:

OBJETO DEL SEGURO:

Amparar los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad a consecuencia de acciones u omisiones imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa como consecuencia de cualquier investigación o proceso iniciado(s) por cualquier organismo de control, se incluye pero sin estar limitado a: procesos disciplinarios, Administrativos, Civiles, Penales, Responsabilidad Fiscal, de eventos ocurridos durante la vigencia de la póliza o el periodo de retroactividad contratado y reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

MODALIDAD DE SEGURO: Póliza bajo la modalidad Claims Made

CLAUSULADO: Clausulado Previsora RCP-013-6

En este caso se tiene acreditado por las actuaciones administrativas desplegadas por la Contraloría General del Cauca visibles a foliatura del expediente, específicamente la vinculación de los presuntos responsables y de mi representada al proceso de responsabilidad de marras, ocurrió llegado el **día 09 de marzo de 2022 mediante el auto de apertura No. 23, fecha para la cual la póliza de seguro de responsabilidad civil No. 1004190, no se encontraba vigente.** Toda vez que no se cumplieron los requisitos de la modalidad bajo la cual fue pactado el contrato de seguros. Toda vez que la modalidad claims made, ofrece cobertura únicamente de las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia del contrato de seguro- entendidas estas como la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables y la aseguradora - derivadas de hechos que se produzcan igualmente durante la misma vigencia. Ahora bien, como se indicó anteriormente, la reclamación se materializó con la vinculación de la compañía al proceso, esto es, el día 09 de marzo de 2022 mediante el auto de apertura No. 23, es decir que **la reclamación 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.**

Al respecto es importante traer a colación lo que se estipuló en la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, de acuerdo con su clausulado general y la modalidad que opera específicamente para los procesos responsabilidad fiscal y que se estableció así⁶:

1.1.2 RESPONSABILIDAD FISCAL

PREVISORA RECONOCERÁ LOS DETRIMENTOS O PERJUICIOS PATRIMONIALES SUFRIDOS POR EL ESTADO CUANDO LOS ASEGURADOS FUEREN LEGALMENTE RESPONSABLES POR HABER COMETIDO ALGÚN ACTO INCORRECTO RESPECTO DEL CUAL SE LES SIGA O DEBIERA SEGUIR UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL AL TENOR DE LO CONSAGRADO EN LA LEY 610 DE 2000, SIEMPRE QUE DICHOS ACTOS INCORRECTOS HUBIESEN OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA O CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE RETROACTIVIDAD PACTADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES, Y QUE DICHA RESPONSABILIDAD SEA RECLAMADA POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA O DENTRO DEL PERIODO EXTENDIDO DE RECLAMACIONES EN CASO DE QUE EL MISMO FUERE ADQUIRIDO.

Al respecto, mediante sentencia⁷, se refirió a la modalidad claims made así:

⁵ Página 2, Hoja Anexa No. 1 de la póliza de responsabilidad civil No. 1004190

⁶ Página 2 condiciones generales, clausulado RCP-013-006

⁷ Sentencia de tutela del Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección cuarta, dentro del proceso con radicación 11001-03-15-000-2018-00027-01 del Consejero Ponente Jorge Octavio Ramírez. Fecha: 12 de febrero de 2019

“De acuerdo con las pruebas del contrato se tiene que entre la accionante [compañía aseguradora] y la ESE HMI se suscribió una póliza de responsabilidad civil con cobertura por reclamación o con cláusulas claims made, y con vigencia del 4 de octubre de 2007 al 4 de octubre de 2008. La cobertura con cláusula claims made implica que la reclamación por ocurrencia del hecho dañoso se realice dentro de la vigencia de la póliza o su extensión, si se pacta. El Tribunal Administrativo de Caquetá resolvió la responsabilidad de la llamada en garantía aplicando una disposición normativa que no se corresponde con las cláusulas de la póliza suscrita entre las partes, pues a pesar de tratarse de una cobertura por reclamación, la autoridad judicial aplicó la teoría del descubrimiento, y expuso que dado que el hecho dañoso ocurrió en vigencia de la póliza, este debía ser asumido por la aseguradora; aseveración que desconoce la naturaleza de la cobertura acordada por las partes según la cual el hecho y la reclamación debían ocurrir en vigencia de la póliza.”

(...)

En el caso concreto el Tribunal Administrativo de Caquetá hizo una interpretación errada del artículo 4° de la Ley 389 de 1997 al analizar la responsabilidad de la llamada en garantía [aseguradora], aplicando la cobertura por descubrimiento, propio del seguro de manejo y riesgos financieros, e incluso tratándolo como un seguro de responsabilidad por ocurrencia pura, cuando entre el asegurado y el tomador se suscribió una póliza de responsabilidad civil por reclamación o con cláusulas claims made. Es así que, además de establecer si el hecho amparado ocurrió en vigencia de la póliza, correspondía al Tribunal determinar, de conformidad con las pruebas del proceso, debió determinar si la reclamación ocurrió dentro de la vigencia del seguro.”

En atención a lo anterior, la jurisprudencia es clara al señalar que no es admisible afectar una póliza expedida bajo la modalidad claims made, como es el caso, cuando los hechos y la reclamación no ocurren ambos dentro de la vigencia de la póliza, en este sentido es claro que para el particular, entre el 02 de junio de 2019 y el 02 de mayo de 2020 no se realizó ninguna reclamación a la compañía ni mucho menos los presuntos responsables vinculados o de algún interesado a la Previsora Compañía de Seguros por los hechos discutidos en el presente proceso de responsabilidad fiscal, lo cual torna completamente arbitrario e injustificado mantener la vinculación de mi representada en el presente asunto, pues se reitera no existe cobertura.

OBJETO DEL SEGURO:

Amparar los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad a consecuencia de acciones u omisiones imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa como consecuencia de cualquier investigación o proceso iniciado(s) por cualquier organismo de control, se incluye pero sin estar limitado a: procesos disciplinarios, Administrativos, Civiles, Penales, Responsabilidad Fiscal, de eventos ocurridos durante la vigencia de la póliza o el periodo de retroactividad contratado y reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

MODALIDAD DE SEGURO: Póliza bajo la modalidad Claims Made

CLAUSULADO: Clausulado Previsora RCP-013-6

En este caso se tiene acreditado por las actuaciones administrativas desplegadas por la Contraloría General del Cauca visibles a foliatura del expediente, específicamente la vinculación de los presuntos responsables y de la Previsora S.A. al proceso de responsabilidad de marras, ocurrió llegado el día 09 de marzo de 2022 mediante el auto de apertura No. 23, fecha para la cual la póliza de seguro de responsabilidad civil No. 1004190, no se encontraba vigente.

Sin embargo, tales argumentos no fueron acogidos por el ente de control en el acto administrativo que dejó en firme la decisión, esto es, en el auto No. 2 Que resuelve el recurso de reposición al afirmar que,

AL RECURSO DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A.

Se tiene como primer argumento de defensa que la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 opera bajo la modalidad de cobertura denominada "Claims Made", 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 tal y como se pactó en el respectivo condicionado particular.

Para el despacho es claro que los hechos que causaron el daño económico para el municipio de Villa Rica ocurrieron en vigencia de la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190, expedida el 28 de mayo de 2019, es decir, entre el 02 de junio de 2019 y el 02 de mayo de 2020, toda vez que en dicho lapso de tiempo se suscribieron actos administrativos decisivos para el cumplimiento del contrato, como fueron las actas de avance 02 de 28 de junio de 2019; informe de supervisión de 28 de junio de 2019; acta de avance 03 de 28 de octubre de 2019; informe de actividades de 28 de octubre de 2019; acta de finalización y liquidación Información general de 20 de diciembre de 2019; informe de supervisión No. 04 de 20 de diciembre de 2019, además se hizo erogaciones con comprobante de egreso No. 4815 de 28 de junio de 2019 por \$3.736.310, comprobante de egreso No. 6255 de 1 de noviembre de 2019 por \$6.047.956, comprobante de egreso No. 6895 de 23 de diciembre de 2019 por \$5.816.231.

Respecto al requisito que refiere que los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza, este no es aplicable al ente de control fiscal, dado que el control fiscal que ejerce la contraloría, por mandato Superior es posterior y selectivo, es decir, cuando la administración ya ha agotado los trámites administrativos. Dicho de otra manera, la contraloría no actúa como asegurado o beneficiario sino como ente de control a través de un procedimiento especial regulado por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. Esta última norma en el artículo 120 prescribe lo siguiente:

"ARTÍCULO 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000."

Así las cosas, en el caso que nos ocupa tenemos que el último hecho acto dentro de la actuación contractual se presentó el 23 de diciembre de 2019, el ente de control entonces tiene hasta el 23 de diciembre de 2024 para vincular a la compañía garante, hecho que sucedió mucho antes con la expedición del Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 23 de 9 de marzo de 2022, que fue comunicado a la compañía el 10 de marzo de 2022 (folio 299).

Por lo anterior, se evidencia que el ente de control desconoció la modalidad bajo la cual fue pactado el contrato de seguros y le dio una interpretación totalmente errónea a tal punto de afirmar que uno de los requisitos de la modalidad "claims made" - "los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza" no le era aplicable por la función que ejerce la contraloría, lo cual es totalmente equivocado. Pues no tuvo en cuenta los múltiples pronunciamientos de la Contraloría General de la Nación, es especial la Circular No 005 del 16 de marzo de 2020, el cual señala que:

“(…)

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.

(…) (negrilla por fuera del texto original)

Es decir, que en el presente asunto se evidencia que el ente de control desconoció la modalidad bajo la cual fue pactada el contrato de seguro y por el contrario, ordenó afectar la póliza bajo un criterio erróneo. Adicionalmente, se evidencia que no existe un análisis de fondo de las condiciones particulares y generales que dieron pie a la vinculación de la compañía al proceso. Es pertinente precisar que, desde el momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, en el cual además se ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro.

En ese contexto, la afectación del contrato de seguros materializado en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190 se encuentra viciada, pues no se cumplieron los requisitos bajo las cuales fue pactada y el ente de control ordenó su afectación.

En conclusión, los actos administrativos objeto de reproche fueron expedidos con falsa motivación por la Contraloría General del Cauca, toda vez que de manera evidente omitieron considerar y tener en cuenta las condiciones particulares y generales de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190, las cuales de haber sido observadas hubiesen generado indefectiblemente un fallo favorable a los intereses de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, toda vez que no resultaba jurídicamente viable afectar la póliza en cuestión. Además, se reitera que fue la propia Contraloría General del Cauca quien expidió el auto de apertura No. 23 del 09 de marzo de 2022 por lo que tenía conocimiento que la fecha en la que se notificó el mismo se ejecutó por fuera de la vigencia de la póliza.

Aunado a las omisiones anteriormente referenciadas, también es evidente que la Contraloría General del Cauca no expidió el acto administrativo en cuestión en observancia a las normas que debieron regir el mismo, lo cual se pasará a exponer en el siguiente acápite.

B. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL CAUCA, SE EXPIDIERON CON INFRACCIÓN DEL ESTATUTO MERCANTIL, AL ORDENAR HACER EFECTIVA LA PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL NO. 1004190 SIN QUE ESTA PRESTARA COBERTURA TEMPORAL.

El ente territorial infringió las normas del estatuto mercantil al afectar una póliza que no ofrecía cobertura temporal por la modalidad en la que fue pacada, esto es “claims made”, por lo tanto los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad. El Honorable Consejo de Estado⁸, precisó

⁸ Sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en sentencia del 15 de marzo de 2012, Radicación No. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660)

que, la nulidad derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo, debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea. Veamos:

“El artículo 84 del C.C.A consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad. 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 le es aplicable al asunto que la 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 corresponde.”

De acuerdo con la anterior clasificación de las modalidades en las cuales puede ocurrir dicha causal de nulidad, se mostrará respecto de las siguientes normas, las circunstancias en las que se configura la mentada causal:

2.1. Falta de aplicación de los artículos 1047 y 1056 del Código de Comercio

En este punto, es necesario mencionar que el artículo 1047 del Código de Comercio establece el contenido de la póliza, siendo pertinente resaltar los siguientes numerales:

*“(…) 6. la vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras;
(…) 9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo;
(…) 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.”*

Por otra parte, el artículo 1056 ibídem consagra la delimitación contractual de los riesgos que asume el asegurador, en tal sentido prescribe la norma: *“Con las restricciones legales, el asegurador podrá,*

a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”

De acuerdo a esto, se puede inferir que el asegurador, **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en el presente caso, asumió expresamente determinados riesgos que generen un menoscabo a los fondos y bienes del Municipio de Villa Rica, no obstante, estos riesgos serían asumidos siempre y cuando el hecho que los materializa ocurriera y fuesen notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

En contraste con lo anterior, resulta pertinente traer a colación lo contenido en el Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 que resuelve el recurso de reposición:

Por otro lado, arguye que la señora FLORALBA DIAS CARABALI quien fungía como Secretaria de Desarrollo Institucional del municipio de Villa Rica y el señor FANOR CHOCO LUCUMI representante legal de la empresa contratista, no están amparados dentro de la póliza, por lo cual esa compañía no debe ser condenada por la conducta de estas personas. Al respecto es pertinente aclarar que dentro de los cargos asegurados establecidos por el tomador se encuentra el de Alcaldesa Municipal, y es con ocasión a dicho cargo que se da la vinculación de la compañía, dado que los hechos investigados durante la vigencia de la póliza se dan durante el periodo en el cual la señora JENNY NAIR GOMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.620.024 expedida en Santander de Quilichao, ocupó el cargo de Alcaldesa del municipio de Villa Rica, Cauca.

Lo anterior, deja en evidencia que la Contraloría General del Cauca desconoce completamente cuales fueron los riesgos asumidos por **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en virtud de la **Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190**, toda vez que la misma no tiene al señor Fanor Choco Lucumi representante legal de la empresa contratista como su asegurado ni ampara la responsabilidad en la que este pueda incurrir en cuestión como lo interpreta el ente de control, máxime si se tiene en cuenta que no nos encontramos frente a una póliza de responsabilidad, por el contrario, lo que se ampara es el menoscabo que pudiese sufrir el Municipio de Villa Rica en sus bienes como consecuencia del actuar de sus empleados.

En ese sentido, es claro que la responsabilidad del asegurador se encuentra limitada a las condiciones en que decidió asumir determinados riesgos y que fueron expresamente acordadas por las partes, por lo que no es jurídicamente viable atribuir una obligación condicional al asegurador frente a un riesgo que no cumple con las condiciones pactadas. Lo anterior, aterrizado al caso en cuestión, permite establecer que no es dable atribuir alguna responsabilidad a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** por hechos notificados por fuera de la vigencia de la póliza, máxime si tiene en cuenta que los riesgos asumidos por esta compañía se circunscriben estrictamente a que el hecho que los materialice ocurra durante la vigencia de la póliza y reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza.

Por lo tanto, es preciso determinar que la Contraloría General del Cauca omitió dar aplicación a las disposiciones normativas precitadas, toda vez que no tuvo en cuenta que la póliza contiene expresamente la vigencia, los riesgos asumidos por el asegurador y las demás condiciones pactadas por las partes como la modalidad de cobertura, así como omitió al tenor de lo dispuesto

en esta normatividad, el asegurador asume determinados riesgos de acuerdo a las condiciones contractualmente pactadas.

2.2. Indebida interpretación del artículo 44 de la Ley 610 de 2000

Se evidencia que desde el auto de apertura el ente de control no realizó una debida interpretación de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, pues únicamente vinculó al garante sin realizar el estudio juicioso de la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190. En ese sentido, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 44. VINCULACIÓN DEL GARANTE. 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.”

Con base en esa disposición normativa, el ente de control realiza un análisis que carece de cualquier sustento probatorio y jurídico, determinando que la póliza ofrece cobertura porque supuestamente amparaba a la señora JENNY NAIR GOMEZ quien se desempeñaba como alcaldesa del Municipio de Villa Rica. Lo anterior, deja en evidencia que la Contraloría General Cauca en ningún momento consideró analizar las condiciones propias de la póliza, simplemente se limitó a establecer de manera arbitraria una supuesta cobertura.

Al respecto, resulta pertinente resaltar que sustentar una decisión de fondo en lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000 deja en evidencia una clara indebida interpretación de su contenido, toda vez que esta disposición normativa se limita a enunciar la vinculación del garante al proceso, con las prerrogativas propias del debido proceso que le asisten al investigado y no una declaratoria de responsabilidad automática como lo interpreta el ente de control en el presente caso. De acuerdo a esto, es necesario aclarar que vincular al garante como tercero civilmente responsable al proceso no implica de manera indefectible que se deba declarar como tal y afectar la póliza por la cual se vincula, máxime si se tiene en cuenta que el garante no asiste en calidad de presunto responsable fiscal, sino que su responsabilidad es de índole civil o contractual y se limita exclusivamente a las condiciones pactadas en el contrato de seguro.

En tal sentido, el Contralor General de la República expidió la Circular No. 005 del 16 de marzo de 2020, la cual 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:

“(…) – Teniendo en cuenta el hecho generador sobre el que recae el proceso de responsabilidad fiscal, el mismo debe contrastarse con los siniestros cubiertos 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. (…)** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, se evidencia que la Contraloría General del Cauca realizó una limitada e incorrecta interpretación del artículo 44 de la Ley 610 de 2000, el cual en ningún caso consagra que la vinculación del garante al proceso determine per se su responsabilidad en el mismo, toda vez que el operador fiscal para determinar tal situación debe verificar, analizar y ceñirse a las condiciones pactadas en el contrato de seguro.

2.3. Indebida interpretación del artículo 120 de la Ley 1474 de 2011

Adicional a lo anterior, en el Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 que resuelve el recurso de reposición, la Contraloría General del Cauca manifestó lo siguiente:

Respecto al requisito que refiere que los eventos sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza, este no es aplicable al ente de control fiscal, dado que el control fiscal que ejerce la contraloría, por mandato Superior es posterior y selectivo, es decir, cuando la administración ya ha agotado los trámites administrativos. Dicho de otra manera, la contraloría no actúa como asegurado o beneficiario sino como ente de control a través de un procedimiento especial regulado por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. Esta última norma en el artículo 120 prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 120. Pólizas. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.”

De acuerdo a esto, resulta evidente que la Contraloría General del Cauca confunde la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro con la vigencia de la póliza, toda vez que abiertamente manifiesta y cita el artículo 120 sin tener tan siquiera una relación lógica con lo que manifiesta de la supuesta inaplicación de la modalidad claims made al ente de control porque no actúa como asegurado o beneficiario del contrato de seguro. Lo anterior, pone de presente la indebida interpretación de esta disposición normativa.

Al respecto, es necesario manifestar que lo mencionado en la norma en cuestión versa sobre la prescripción extintiva de las acciones que se derivan de este contrato de seguro, y no sobre la calidad de asegurado o beneficiario del contrato de seguros por lo que son conceptos considerablemente distintos.

Por lo tanto, el yerro en que incurrió la Contraloría General del Cauca al que se refiere el presente acápite, consiste en que de manera errada interpreta lo consagrado en el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011 sobre la vigencia de la póliza su modalidad y sobre la calidad de asegurado y beneficiario de la misma. Máxime cuando en el contrato de seguro se establece con claridad que la modalidad claims made opera si se cumplen dos requisitos (i) que el evento ocurra durante la vigencia de la póliza (ii) que sean reclamados por primera vez durante la vigencia de la póliza. Estos requisitos no varían si es beneficiario o asegurado del contrato de seguros, aplica de manera general para todo aquel que pretenda y tenga el derecho de afectar la Póliza, por lo que el ente de control no puede de manera deliberada señalar que esto no le aplica cuando la normatividad es clara y permite este tipo de modalidades de pólizas. Por lo que es evidente que los funcionarios de la Contraloría General del Cauca desconocen el funcionamiento de este tipo de modalidades de cobertura.

CAPÍTULO VII. COMPETENCIA Y CUANTÍA.

La competencia para conocer el presente asunto corresponde a los jueces administrativos de la ciudad de Popayán, teniendo en cuenta que el ente que profirió los actos administrativos que se pretenden demandar es la Contraloría General del Cauca.

Así mismo, son competentes estos jueces administrativos, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, toda vez que, la cuantía de las pretensiones no supera los 500 S.M.L.M.V.

La presente demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la PARTE SEGUNDA “Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas” CAPITULO V “Demanda y proceso Contencioso Administrativo” de la ley 1437 de 2011, modificado por la Ley 2080 de 2021.

CAPÍTULO VIII. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

La cuantía se estima razonadamente en la suma de **SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$669.798 MCT/E)** correspondientes al capital faltante que la contraloría no devolvió a las cuentas de la compañía y los intereses causados hasta la fecha de presentación de la demanda.

CAPÍTULO IX. MANIFESTACIÓN BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento en calidad de apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** que no se ha presentado ninguna demanda contra de **LA CONTRALORIA GENERAL DEL CAUCA** distinta a la que se promueve mediante este escrito y no se ha promovido ningún medio de control con base en los hechos que aquí se fundamentan.

CAPÍTULO X. MEDIOS DE PRUEBA

Solicito respetuosamente se tengan como pruebas las siguientes:

• DOCUMENTALES

1. Auto No. 16 del 15 de noviembre de 2023 “fallo con responsabilidad fiscal” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.
2. Copia del recurso de reposición interpuesto contra el fallo con responsabilidad fiscal.
3. Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024 “por medio del cual se decide sobre el recurso de reposición” proferido por la Dirección Técnica de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.
4. Estado electrónico No. 12 del 8 de febrero de 2024 por medio del cual se notifica el Auto No. 2 del 7 de febrero de 2024
5. La resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024 “por la cual se resuelve el grado de consulta” proferido por el Contralor General del Cauca.
6. Estado electrónico No. 24 del 8 de marzo de 2024 por medio del cual se notifica la resolución No. 086 del 6 de marzo de 2024.
7. La póliza de seguro de Responsabilidad Civil No. 1004190, expedida el 28 de mayo de 2019, con vigencia desde el 02 de junio de 2019 hasta el 02 de mayo de 2020 y su condicionado general.
8. Circular No 005 del 16 de marzo de 2020 proferida por la Contraloría General de la Republica.
9. Constancia de pago del 17 de abril de 2024.

10. Auto de terminación No. 1 del 9 de mayo de 2024.
11. Soportes de devolución del saldo.
12. Constancia de no acuerdo de la Procuraduría 73 I Judicial Para Asuntos Administrativos.
13. Acta del comité No. 319 del 2 de agosto de 2024.

• **DE OFICIO**

Respetuosamente solicito al despacho se oficie al demandando, **CONTRALORÍA GENERAL DEL CAUCA** que allegue copia de todo el expediente con radicado No. PRF-36-22 Folio 766 que reposa dentro de sus archivos.

CAPÍTULO XI. ANEXOS

Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.

- Copia del certificado de existencia y representación legal de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.
- Copia del poder que me faculta para representar a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, en el presente asunto.

CAPÍTULO XII. NOTIFICACIONES

Demandante;

A mi procurada **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en la calle 57 No. 9 – 07 de Bogotá D.C. Email: notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

Al suscrito en la Avenida 6 A Bis No. 35N–100 Oficina 212 de la ciudad de Cali (V); correo electrónico: notificaciones@gha.com.co

Demandado;

A la **CONTRALORIA GENERAL DEL CAUCA**, en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@contraloria-cauca.gov.co - responsabilidadfiscal@contraloriacauca.gov.co - juridica@contraloria-cauca.gov.co - despacho@contraloria-cauca.gov.co y/o a la dirección física Carrera 7 # 1 N 66 Segundo piso Edificio Lotería del Cauca - Popayán, Cauca.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá

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