

Señores.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DEL CAUCA

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.
EXPEDIENTE: 2019-01081
ENTIDAD AFECTADA: DEPARTAMENTO DEL CAUCA
PRESUNTOS RESPONSABLES: CESAR DANIEL SAMBONI ADRADA
HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR
RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO
CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE
EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN
PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER
TERCERO VINCULADO: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en el presente proceso en calidad de apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, identificada con Nit. 860.002.400-2, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, conforme se acredita con el certificado de existencia y representación legal que se aporta al plenario. Por medio del presente y de manera respetuosa procedo a presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del **FALLO MIXTO No. 012 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2023**, notificado el 02 de enero de 2024, por medio del cual se declara como tercero civilmente responsable a la aseguradora que represento en razón de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 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:

I. OPORTUNIDAD

El fallo mixto No. 012 de fecha 21 de diciembre de 2023, fue notificado el día **02 de enero de 2024**. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 610 y los artículos 74 y s.s. de la Ley 1437 de 2011, el recurso de reposición debe interponerse en los cinco (05) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, término que transcurre desde el día 03 de enero de 2024 hasta el 10 de enero

de 2024. De esta forma, el presente recurso se interpone dentro de la oportunidad legalmente establecida.

II. FRENTE DECLARATORIA DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

Es esencial que el Ente de Control Fiscal tenga claro que la vinculación de las compañías aseguradoras en este tipo de causas debe estar condicionada a la estricta observación o estudio previo de las pólizas invocadas para requerir su vinculación, siendo menester la sujeción a las condiciones contractuales del aseguramiento, independientemente del carácter y magnitud de la eventual infracción fiscal, para determinar si es o no procedente su vinculación.

Se recuerda que el único nexo que tienen las compañías en el asunto fiscal es por responsabilidad civil, precisamente en razón a que del contrato de seguro se deriva única y exclusivamente su participación en el proceso y no de algún acto fiscal, o de una conducta suya lesiva para el erario, por lo 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.

A. EL DESPACHO OMITIÓ CONSIDERAR LA AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL NO. 3000092

La póliza de seguro No. 3000092 no presta cobertura temporal a los hechos materia de controversia, lo anterior teniendo en cuenta que las mismas fueron tomadas bajo la modalidad temporal de cobertura denominada **OCURRENCIA** para la vigencia comprendida entre el **13 de marzo de 2015 hasta el 01 de febrero de 2016**. En virtud de lo anterior, ésta solo se podría afectar siempre y cuando el siniestro hubiera ocurrido dentro del periodo de vigencia pactado en el seguro. Pues bien, esta póliza no ofrece cobertura para los hechos materia de la acción fiscal tienen como origen el presunto incumplimiento del contrato No. 085, negocio jurídico que cuenta con acta de liquidación del **29 de febrero de 2016**, fecha en la cual se reconocieron los valores a pagar por el contratista, por lo cual, al tratarse de un hecho generador del daño de tracto sucesivo, es esta última fecha en la cual se entiende configurado el detrimento patrimonial, es decir, fecha en la que se entiende materializado el siniestro. Por lo anterior, y toda vez que el hecho generador del daño se da por fuera del límite temporal del seguro dejándolo por fuera de la cobertura, y al haber expirado la vigencia de la póliza, esta no podrá ser afectada y por ende, en el hipotético caso de que se profiera fallo con responsabilidad fiscal, no habrá lugar a reconocimiento de emolumento alguno por parte de mi representada.

Es imperativo recordar que existen diferentes modalidades de cobertura en los contratos de seguro. Las más comunes en la actividad aseguraticia son las siguientes: *ocurrencia*, descubrimiento y reclamación o claims made. La primera hace referencia a la cobertura que se brinda cuando el

hecho que da lugar al amparo ocurre mientras la póliza está vigente. Bajo la modalidad de descubrimiento se ofrece cobertura cuando el tomador, asegurado o beneficiario conoce el hecho dañoso dentro de la vigencia de la póliza.

Corolario de lo citado, y atendiendo lo dispuesto por la circular No. 005 del 16 de marzo de 2020, emitida por la Contraloría General de la República, por medio de la cual se disponen aspectos a tener en cuenta para la vinculación de compañías de seguros dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, estipulando para la modalidad de cobertura que nos ocupa lo siguiente:

• 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

Entonces, a efectos prácticos se plantea la fecha de suscripción del acta de liquidación, fecha en la cual se reconocieron los valores a pagar por el contratista -29 de febrero de 2016- como fecha de acaecimiento del daño y de este modo ilustrar la evidente ausencia de cobertura temporal del contrato de seguro. Fecha que igualmente, consideró la Contraloría dentro del fallo con responsabilidad fiscal, para determinar la fecha en que surgió el detrimento, así:

Teniendo en cuenta que los hechos irregulares se circunscriben al mes de febrero del 2016, que en la época de los hechos el IPC fue 90,33; que el IPCF a la fecha del presente fallo es 136,45¹¹³, se efectuará la cuantificación para cada hecho investigado:

(...)

2.3. Caducidad

De conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000:

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

Teniendo en cuenta que el contrato 085 de 2015 se liquidó en febrero del 2016, resulta evidente que no operó el fenómeno de la caducidad, por cuanto el proceso se inició con Auto No. 551 del 30 de octubre de 2019.

(...)

Una vez terminado el contrato se suscribe acta de liquidación bilateral el 29 de febrero del 2016, declarándose a paz y salvo⁹⁴.

(...)

Así las cosas, es claro para este Despacho que las sumas para que se tengan como total e íntegramente restituidas deben contener la indexación de las mismas, que para el caso en concreto debe ser contabilizados desde la liquidación del contrato 085 de 2015 efectuada en el mes de febrero del 2016, para lo cual se tomará la siguiente fórmula:

En el caso de marras, la Póliza de Seguro La póliza de seguro No. 3000092 no ofrece cobertura toda vez que la misma se pactó bajo la modalidad temporal conocida como *ocurrencia* y no se reúnen los presupuestos para que se pueda afectar en el evento en que se profiera fallo con responsabilidad fiscal. En primer lugar, es indispensable precisar la vigencia de la póliza que estuvo comprendida entre el **13 de marzo de 2015** y el **01 de febrero de 2016**. En segundo lugar, se anota que el acta de liquidación del contrato tiene fecha del **29 de febrero de 2016**, fecha para la cual ya había expirado la vigencia de la póliza. Con fundamento en lo anterior, se concluye que **el hecho generador se da por fuera del límite temporal del seguro dejando por fuera de la cobertura, el cumplimiento de uno de los requisitos indispensables para que opere este tipo de pólizas.**

En dicho entendido, se aclara al despacho que la vigencia de la garantía de la referencia se enmarca entre las calendas del **13 de marzo de 2015** y el **01 de febrero de 2016**, siendo las cosas de este modo, y en mérito de que, tal y como lo señala el ente de control, el acaecimiento del hecho generador del presunto daño patrimonial data del **29 de febrero de 2016**, es evidente que dicha póliza no es objeto de afectación por no ofrecer cobertura y no estar vigente al momento de la ocurrencia del hecho.

Por último, y sin perjuicio de lo inmediatamente explicado, se debe reiterar que los contratos de seguros por los que fue vinculada mi representada, se circunscriben a lo expresamente estipulado en sus condiciones, en donde se establecen su ámbito, extensión y alcance del respectivo amparo, así como sus límites, sumas aseguradas, deducibles, las exclusiones de amparo, su vigencia, y por supuesto que exista responsabilidad civil comprobada, que en el presente caso tampoco ocurrió.

B. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA LA FALTA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL NO. 3000092 – LA PÓLIZA ÚNICAMENTE OFRECE COBERTURA PARA SERVIDORES PÚBLICOS DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA

La Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 mediante la cual se pretende la vinculación de mi prohijada no ofrece cobertura material para los actos de los presuntos responsables: CESAR DANIEL SAMBONI en calidad de representante legal de Clúster Creativ, RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO en calidad de representante legal de CITE, y CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIV, pues estos no se encuentran amparados dentro de la póliza, esto teniendo en cuenta que la póliza en mención únicamente ampara los actos

de los servidores públicos del Departamento del Cauca cuyos cargos se encuentren relacionados en ella, entre los cuales no están los de los sujetos ya mencionados; y por ende únicamente los actos del presunto responsable vinculado a este proceso que se encuentran amparados, son los del señor HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR en calidad de supervisor del convenio 1194-2013. Siendo que en cabeza de este último no se logró acreditar conducta dolosa o gravemente culposa.

Precisado lo anterior, es fundamental que el Honorable Despacho tome en consideración que, en el ámbito de libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que al suscribir el contrato asegurativo respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo, de tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*(...) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención

específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...).

¹(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. Recuérdese que la póliza vinculada tiene por objeto:

“(…) AMPARAR A LA ENTIDAD ESTATAL ASEGURADA CONTRA LAS PÉRDIDAS PATRIMONIALES SUFRIDAS EN VIGENCIA DE LA PÓLIZA, QUE IMPLIQUEN MENOSCABO DE FONDOS Y BIENES PÚBLICOS CAUSADOS POR SUS SERVIDORES PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE LOS CARGOS AMPARADOS (...)”

En ese orden de ideas, las mismas condiciones generales del contrato de seguro en cuestión, se refieren a quienes son servidores públicos, así:

“CONDICIÓN VIGÉSIMA TERCERA-DEFINICIONES

Para los efectos del presente contrato de seguro, los términos que se relacionan a continuación tendrán el siguiente alcance y significado:

SERVIDOR PÚBLICO: para efectos de la presente póliza, se entenderá como servidor público la persona natural que presta sus servicios a la entidad estatal asegurada, vinculada a esta mediante contrato de trabajo o nombramiento por decreto o resolución, cuyo cargo haya sido amparado mediante la póliza de seguro (subrayado y negrilla fuera de texto original)

A partir de un análisis simple de las cláusulas previamente señaladas, a todas luces es claro que si el honorable Despacho encontrare probada la existencia de un daño patrimonial causado a la administración pública como consecuencia de las actuaciones de personas que no sean servidores públicos del Departamento de Cauca, tales como los señores Cesar Daniel Samboni, Ricardo Orlando Rivero y Clúster Creativ, no puede ordenar hacer efectivo el contratos de seguro respecto de estos, toda vez que el condicionado de los mismos explica que las únicas personas amparadas son las que tengan calidad de servidor público del Departamento del Cauca.

Siendo así las cosas, sin perjuicio de los fundamentos expuestos a lo largo del escrito y sin que esta mención constituya aceptación de responsabilidad alguna por parte de mi representada, en el

¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00

improbable evento en el que el honorable Despacho confirme el fallo y encuentre acreditada la existencia de responsabilidad fiscal en cabeza de los señores Cesar Daniel Samboni, y Clúster Creativ, no puede pasar por alto que, en el condicionado del contrato de seguro, se acordó expresa y detalladamente que la póliza en cuestión únicamente presta cobertura para los servidores públicos del Departamento del Cauca, excluyendo de este modo a los sujetos antes citados.

En conclusión y recapitulando lo señalado al inicio del presente reparo, es fundamental poner de presente ante el Despacho que la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092, por la cual se pretende la vinculación de mi representada no ofrece cobertura material para los actos de los presuntos responsables: CESAR DANIEL SAMBONI en calidad de representante legal de Clúster Creativ, RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO en calidad de representante legal de CITE, y CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIV, pues estos no se encuentran amparados dentro de la póliza, esto teniendo en cuenta que la póliza en mención únicamente ampara los actos de los servidores públicos del Departamento del Cauca cuyos cargos se encuentren relacionados en ella, entre los cuales no están los de los sujetos ya mencionados; y por ende únicamente los actos del presunto responsable vinculado a este proceso que se encuentran amparados, son los del señor HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR en calidad de supervisor del convenio 1194-2013.

Por lo anterior, resulta jurídicamente inadmisibles, como lo indica la contraloría en su parte resolutoria, hacer efectivo el contrato de seguro documentado en la póliza No. 3000092, por el valor de todo el detrimento patrimonial, pues como ya se explicó, en el condicionado de la misma únicamente se ampara los actos de los servidores públicos del Departamento del Cauca, y de esta forma, solamente los actos del presunto responsable vinculado a este proceso que se encuentran amparados, son los del señor HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR en calidad de supervisor del convenio 1194-2013. Siendo que en cabeza de este último no se logró acreditar conducta dolosa o gravemente culpable.

C. EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTE ASUNTO OPERÓ EL FENÓMENO PRESCRIPTIVO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La prescripción de la acción derivada del contrato de seguro se encuentra configurada, esto si se tiene en cuenta que el presunto hecho dañoso alegado corresponde al presunto incumplimiento del contrato No. 085 del 2015, suscrito entre CLÚSTER CREATIV y CITE, el cual fue liquidado bilateralmente el 29 de febrero de 2016, fecha en la cual se reconocieron los valores a pagar por el contratista; No obstante, el fallo con responsabilidad fiscal del referido proceso solo fue emitido hasta el 21 de diciembre de 2023 y notificado el 02 de enero de la presente anualidad, por lo que

claramente al haber transcurrido más de cinco (5) años desde el hecho generador como fundamento base para el presente proceso de responsabilidad fiscal y hasta la emisión del fallo por parte del ente fiscal, es evidente que se ha configurado la prescripción extraordinaria derivada del contrato de seguro por el cual fue vinculada la compañía de seguros, en los términos del artículo 1081 del C. de Co. y el artículo 120 de la Ley 1474 de 2011.

Sin perjuicio de la totalidad de argumentos que se han venido esgrimiendo, es importante tener en cuenta que el artículo 1081 del Estatuto, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De acuerdo al citado artículo, son dos los momentos a partir de los cuales se empiezan a contar los términos para cada tipo de prescripción; para la prescripción ordinaria el termino empezará a contar desde el momento en que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción (auto apertura 30 de octubre de 2019) y, para la prescripción extraordinaria el termino cuenta desde que nace el respectivo derecho, es decir, desde la ocurrencia de los hechos que dieron origen al siniestro (29 de febrero de 2016 – fecha de acta de liquidación-).

Ahora bien, en el fallo proferido, el Despacho erróneamente decide inaplicar el artículo 1081 del C de Co. respecto de la prescripción del contrato de seguro, indicando que:” *no es aceptable bajo ningún punto de vista el argumento de la defensa de la aseguradora consistente en reclamar la prescripción del contrato de seguro conforme a las normas del C. de Co., y no bajo el régimen del Proceso de responsabilidad Fiscal prescrito en la Ley 610 de 2000 (...)*”. Confundiendo además el termino de prescripción para la acción fiscal, con el de prescripción de la acción del contrato de seguro. No obstante lo anterior, resulta de suma importancia precisarle al despacho que el Consejo de Estado, máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha sido completamente claro al establecer que la prescripción derivada de las acciones del contrato de seguro, esto es, la

evidenciada en el artículo 1081 del C. Co, **puede ser alegada, y debe ser reconocida, cuando se configure en los procesos por responsabilidad fiscal.** En otras palabras, teniendo en cuenta que el garante en este tipo de procesos se vincula como tercero civilmente responsable, es completamente claro que puede alegar en su defensa la prescripción de las acciones derivadas de la relación aseguraticia, tal y como se explica en el siguiente pronunciamiento:

“Aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co. al sub-lite. Despachar esta imputación implica precisar si esa norma es aplicable o no en caso de vinculación del garante como civilmente responsable en un proceso de responsabilidad fiscal, según el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, **debiéndose responder que sí,** puesto que tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal. La misma entidad apelante así lo reconoce al manifestar en la sustentación del recurso, que se debe aclarar que la vinculación no se hace mediante acción fiscal, sino como tercero civilmente responsable. Téngase en cuenta que según el artículo 1º de la citada ley, “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Vale la pena mencionar, que no solamente el fallo previamente citado exige expresamente el reconocimiento por parte de la Contraloría de la prescripción de la acción derivada de contrato de seguro cuando haya lugar, sino que, además, existen una pluralidad de decisiones en el mismo sentido, como la que se expone a continuación:

“...tal vinculación no es a título de acción por responsabilidad fiscal, sino por responsabilidad civil, esto es, por razones inherentes al objeto del contrato de seguros, esto es, derivada únicamente del contrato que se ha celebrado, que por lo demás es de derecho comercial, y no de gestión fiscal alguna o conducta lesiva del erario por parte del garante, de allí que la responsabilidad que se llegue a declarar es igualmente civil o contractual, y nunca fiscal...”

Dicho de otra forma, por efecto de ese precepto, la Contraloría pasa a ocupar el lugar del beneficiario de la póliza, que de suyo es el contratante, cuando éste no

haya ordenado hacerla efectiva en el evento de la ocurrencia del siniestro, como todo indica que aquí sucedió.

...Al respecto, se ha de advertir que la acción tendiente a declarar la ocurrencia del siniestro y hacer efectiva la póliza, en la que se encuadra la vinculación del garante autorizada en el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, no es una acción ejecutiva o de cobro coactivo, pues antes de que ella culmine no hay título que ejecutar; sino declarativa y constitutiva, toda vez que ella se ha de surtir justamente para constituir el título ejecutivo, que lo conformará la póliza y el acto administrativo en firme que declare la ocurrencia del siniestro y ordenar hacer efectiva la póliza; de allí que en tal situación se esté ante un título ejecutivo complejo.

...De suerte que la entidad de control tiene una craza confusión sobre esas dos acciones, y sirva la oportunidad para dejar en claro que si bien están entrelazadas, son totalmente diferentes, de las cuales una debe surtir primero para que sea posible la otra, incluso con sujeción a regulaciones procesales distintas.

Por no tratarse, entonces, de una vinculación por responsabilidad fiscal ni de una acción de cobro coactivo, sino una acción derivada del contrato de seguros, es aplicable la prescripción del artículo 1081 del C.Co. y no el término de caducidad previsto en el artículo 9º de la ley 610 de 2000, como tampoco el señalado en el artículo 66, numeral 3, del C.C.A., para vincular al garante como civilmente responsable...”²*(Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por otro lado, el Consejo de Estado ha establecido que la prescripción respecto de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimientos de obligaciones contractuales comienza a contar a partir del momento en que se configura dicho incumplimiento, expresando dicha postura de la siguiente forma:

“CAUSA GENERADORA DEL DAÑO [S]e debe precisar que la declaratoria de nulidad de actos administrativos contractuales -como la de cualquier otro acto administrativo- no solo obliga a restablecer los derechos afectados, sino que, también, puede ser fuente de responsabilidad, si es que con aquél se ha causado un daño. Es importante advertir que la responsabilidad que se puede originar en razón de la nulidad de un acto administrativo de naturaleza contractual difiere de la que se puede generar con ocasión del incumplimiento de las

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA del 18 de marzo de 2010.

obligaciones de un contrato. Mientras que la primera surge por la transgresión de los elementos que la ley exige para que la administración exprese válidamente su voluntad a través de actos administrativos con proyección directa y mediata frente a los derechos de los administrados o los intereses jurídicamente tutelados, la responsabilidad contractual se funda en que el deudor de una prestación deja de ejecutar, parcial o totalmente, una obligación de dar, de hacer o de no hacer que le es debida al acreedor de conformidad con lo pactado en el negocio jurídico. En ese sentido, el hecho de que una facultad exorbitante que proviene de la ley artículo 18, Ley 80 de 1993 y no de un pacto sea ejercida en contravención de los postulados normativos no desemboca en el incumplimiento del contrato. Vale precisar que esta distinción de modo alguno recorta el derecho que tiene quien sufrió un daño como consecuencia de la expedición y posterior anulación de los actos administrativos contractuales; lo que permite es identificar cuál es la fuente del daño que se reclama.”³(Negrilla fuera del texto original).

De lo señalado por el Consejo de Estado se puede colegir que, el presunto hecho dañoso alegado corresponde al presunto incumplimiento del contrato No. 085 del 2015, suscrito entre CLÚSTER CREATIC y CITE, el cual fue liquidado el 29 de febrero de 2016; y en ese orden, al configurarse el presunto daño en la calenda mencionada, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro ya se configuró.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que en el caso concreto se ha configurado la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro vinculado al proceso fiscal No. 2019-01081, emitido por La Previsora S.A Compañía de Seguros, a las luces de lo establecido en la normatividad vigente y en la jurisprudencia, toda vez que la ocurrencia de los hechos materia de investigación fiscal del presente proceso relacionados con el presunto incumplimiento del contrato No. 085 del 2015, se circunscriben al mes de febrero de 2016. No obstante, solo hasta la fecha y transcurridos más de 7 años, fue proferido por parte del Grupo de Responsabilidad Fiscal de la Gerencia Departamental Colegiada del Cauca fallo con responsabilidad fiscal dentro del trámite.

Visto lo anterior, de todas maneras, resulta necesario establecer que la prescripción del contrato de seguro del artículo 1081 del C de Co. se configuró, sin que se expidiera fallo con responsabilidad fiscal y sin haberse ejercido ninguna acción de las que del contrato de seguro se derivan, permitiendo la ocurrencia de la prescripción extintiva de cualquier derecho que pueda reclamarse con sustento en la Póliza de Seguro No.3000092, sin perjuicio de que se encuentra acreditado con suficiencia la ausencia de responsabilidad.

³ 9 Consejo de Estado, Sección Tercera. Número de expediente: 76001-23-31-000-2007-00092-05. Sentencia del 11 de octubre de 2021.

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

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092. En el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende ente de control endilgar a los presuntos responsables. Lo anterior, toda vez que la Contraloría no cuenta con pruebas fehacientes para determinar la causación del presunto detrimento patrimonial. Por el contrario, se encuentra probada la clara gestión de los investigados, la cual ha estado encaminado a darle cumplimiento a los compromisos adquiridos. En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este reparo, toda vez que la **PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en los contratos de seguro. Como no se ha realizado el riesgo en los términos del artículo 1072 del C.Co., debe absolverse de toda responsabilidad a la Compañía Aseguradora.

En términos generales, para que en un contrato de seguro la parte aseguradora desembolse una indemnización, es necesario que se cumpla la condición eventual de la cual depende esta obligación. Esta condición no es otra cosa que el acaecimiento del riesgo asegurable o el siniestro, en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio, según el cual “*se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado*”⁴

A su vez el artículo 1077 del Código de Comercio señala lo siguiente:

ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Como puede evidenciarse, no basta con que se interponga una reclamación o demanda en contra del asegurado para que la aseguradora se vea obligada al reconocimiento de una indemnización a favor de ésta. Además, es necesario que el primera haya incurrido en responsabilidad debidamente acreditada y en los términos o por las causas estipuladas en la póliza contratada. Siendo por esto

⁴ Sobre esta afirmación, el artículo 1054 del Código de Comercio establece: “*Son elementos esenciales del contrato de seguro:*

1. *El interés asegurable;*
2. *El riesgo asegurable;*
3. *La prima o precio del seguro, y*
4. *La obligación condicional del asegurador”.*

último que, a fin de cuentas, se requiere que los servidores públicos relacionados en la póliza hayan cometido un acto erróneo. Este conjunto de condiciones es lo que se define como siniestro, que no es otra cosa que la realización del riesgo asegurado de acuerdo con lo normado en el artículo 1072 del Código de Comercio.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que implique *“pérdidas patrimoniales sufridas en vigencia de la póliza que impliquen menoscabo de fondos y bienes públicos, causados por sus servidores públicos en el ejercicio de los cargos amparados”*. Dicho de otro modo, el contrato de seguro documentado en las Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 entrará a responder, si y solo sí, se causa una pérdida patrimonial al asegurado Departamento del Cauca 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. Esto es, no se encuentran acreditados los requisitos listados en el 5 de la Ley 610 de 2000 en cabeza de los presuntos responsables y por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, lo que por sustracción de materia significa, que no se ha realizado el riesgo asegurado como condición sine qua non para activar la responsabilidad 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 la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 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 de los investigados, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada derivado de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 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 LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el expediente No PRF 2019-01081.

E. EN EL REMOTO EVENTO DE QUE NO SE REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD, EL ENTE DE CONTROL DE NINGUNA FORMA PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.

En gracia de discusión y 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, los cuales se encuentran sujetos a la disponibilidad de la suma asegurada. 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.

AMPAROS CONTRATADOS

No. Amparo	Valor asegurado
1.COBERTURA DE MANEJO OFICIAL	500.000. 000.00
2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	500.000. 000.00
3. FALLOS COM RESPONSABILIDAD FISCAL	500.000. 000.00

En este orden de ideas, mi procurada no estará llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de

enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”⁵ (Subrayado y negrilla propios del suscrito).

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda en razón a la porción de riesgo asumido.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al 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, dicha póliza contiene 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.

F. EN EL REMOTO EVENTO DE QUE NO SE REVOQUE EL FALLO CON RESPONSABILIDAD, EL ENTE DE CONTROL DEBERÁ TENER EN CUENTA EL DEDUCIBLE PACTADO EN LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL NO. 3000092

En gracia de discusión y sin que implique reconocimiento de responsabilidad, debe destacarse que de la eventual obligación de mi procurada se debe descontar el deducible pactado. Debe tenerse en cuenta que el deducible corresponde a la fracción de la pérdida que debe asumir directamente y por su cuenta el asegurado, y en este caso para la póliza, se pactó en el 15% del valor de la pérdida para el siguiente amparo:

AMPAROS CONTRATADOS		
No. Amparo		Valor Asegurado
1 COBERTURA DE MANEJO OFICIAL		500.000.000,00
Deducible: 15.00 % SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MIN 0.00 PESOS		

De esta manera, en el hipotético evento en el que mi representada sea declarada responsable de pagar la indemnización a la parte actora en virtud de la aplicación del contrato de seguro, es de suma importancia que el honorable juzgador descuente del importe de la indemnización la suma pactada como deducible expuesta anteriormente.

Por otra parte, y de acuerdo con la normatividad vigente, la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto No. 2019098264 del 29 de agosto de 2019, ha sido clara en definir en qué consiste el deducible indicando lo siguiente:

“...Sin embargo, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que obligue al asegurador a indemnizar conforme a determinado régimen específico, en consecuencia, sea que la incapacidad o la lesión se acredite en las formas

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

mencionadas en su comunicación, la fijación del monto de la indemnización se rige por las estipulaciones que al respecto hubieren pactado el tomador y el asegurador.

Dicho esto, en una póliza donde se ampara la responsabilidad civil extracontractual el monto de la indemnización puede verse disminuido si las partes han pactado que un porcentaje de la pérdida se asumirá a título de deducible por el asegurado, convenio que resulta legalmente viable, de acuerdo con nuestro ordenamiento mercantil.

En efecto, la Sección I del Capítulo II, Título V, Libro Cuarto del Código de Comercio, en su artículo 1103, consagra dentro de los principios comunes a los seguros de daños la posibilidad de pactar, mediante cláusulas especiales, que el asegurado "...deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño".

Una de tales modalidades, la denominada deducible, se traduce en la suma que el asegurador descuenta indefectiblemente del importe de la indemnización, de tal suerte que en el evento de ocurrencia del siniestro no indemniza el valor total de la pérdida, sino a partir de un determinado monto o de una proporción de la suma asegurada, con el objeto de dejar una parte del valor del siniestro a cargo del asegurado. El deducible, que puede consistir en una suma fija, en un porcentaje o en una combinación de ambos, se estipula con el propósito de concientizar al asegurado de la vigilancia y buen manejo del bien o riesgo asegurado.

Por tanto, el valor del ofrecimiento extendido por la compañía aseguradora podría variar en función de los perjuicios sufridos por el reclamante, así como los elementos probatorios que se hubieren allegado para acreditar el valor de la pérdida, conforme lo presupuestado en el artículo 1077 del código de comercio, aunado a las condiciones generales y particulares pactadas en la póliza, como lo son el límite del valor asegurado, el deducible pactado con el asegurado, entre otros factores."

Ruego al despacho tener en cuenta cada una de las condiciones establecidas en la póliza en comento, haciendo especial hincapié en la suma amparada mediante el contrato y al deducible pactado en el mismo. De igual manera, solicito que en el remoto evento de que se llegare a hacer efectivo el llamamiento en garantía se apliquen todas y cada una de las cláusulas y condiciones del contrato de seguro.

III. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE MOTIVAN LA REVOCATORIA DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL.

A. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE EN EL PLENARIO

NO OBRA PRUEBA QUE CONDUZCA A LA EXISTENCIA DEL HECHO GENERADO DEL DAÑO PATRIMONIAL.

Es pertinente precisar a este despacho que de conformidad con el análisis realizado al acervo probatorio que obra en el expediente No. 2019-01081, no se evidencia la configuración de un daño patrimonial al Estado con ocasión al actuar de los presuntos responsables fiscales respecto del contrato No. 085 del 2015. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la existencia de la actividad A.3.3.P.2. Participación en ferias, sólo da cuenta de la detección, análisis y valoración de las necesidades que en cuanto a oportunidades de relacionamiento y consecución de primeros clientes, presenta el emprendimiento de base tecnológica en el departamento; sin que sea siempre necesario concretar una venta para atribuir éxito a una operación de relacionamiento empresarial y/o comercial pues esta actividad está sujeta a las condiciones del mercado, en donde hay unas necesidades a satisfacer que plantea una demanda de bienes y servicios y para ello una respuesta a través de la oferta de esos bienes y servicios demandados.

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

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

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

*Sobre este particular, la Corte, en la Sentencia C-661 de 2000, al referirse a la distinta naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y en la fiscal, puntualizó que mientras que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica, **el daño en la responsabilidad fiscal es patrimonial**. En consecuencia, señaló la Corte, “... el*

*proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos ‘frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública’”, al paso que “... **el proceso fiscal tiene una finalidad resarcitoria, toda vez que ‘el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos**, para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).⁶*

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

*“La responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. **El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado**, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto. Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. **Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto**”.⁷ (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 en el caso objeto de estudio no se configura una responsabilidad patrimonial de los vinculados, por cuanto los recursos de la Entidad se destinaron

⁶ Sentencia C-340 de 2007.

⁷ 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.

al cumplimiento del objeto del contrato estudiado, como se puede dilucidar de las piezas allegadas al plenario. En ese sentido, los dineros que alega la Contraloría se tienen como detrimento del erario no se perdieron ni fueron destinados de forma indebida por los implicados, por el contrario, fueron utilizados a cumplir con el objeto contratado.

Es así como, de conformidad con el material probatorio que obra en el plenario, lo que se evidencia es que los eventos en los que participaron emprendedores y asesores CreaTIC, debían aportar al cumplimiento del objetivo del componente 3 y de manera particular a la actividad A.3.3.P.2. Participación en ferias; por cuanto la conexión de estos eventos con relación a los objetivos del proyecto se dio en dos sentidos:

1. *Desarrollar las capacidades regionales en el acompañamiento de procesos de generación y fortalecimiento de empresas DBT en TIC (Objetivo 3).*
2. *Relacionamiento con el entorno empresarial y con potenciales clientes en eventos especializados (Justificación actividad A.3.3.P.2).*

Ahora bien, los eventos en los que se participó a través del desarrollo de las actividades del contrato 085 de 2015, en efecto se encuentran relacionados ya sea con el ámbito TIC, foco de las empresas beneficiarias del proyecto, o con el sector de intervención de los productos y/o servicios ofertados por los emprendedores (Educación, gobierno, agro, etc), por tanto, tienen absoluta conexión con el objetivo del componente 3 de donde se desprende la actividad que da origen al contrato antes mencionado y que como ya se ha manifestado no necesariamente se encuentran dirigidas a la concreción de una venta.

En el mismo sentido continúa el despacho exponiendo que; *“Tampoco se puede concluir que los eventos desarrollados en el objeto del contrato se hayan orientado a la consecución de primeros clientes de las empresas, pese a que esta se describió en el contrato como una de las principales actividades.”* Se debe precisar, que entre las actividades que dan alcance al objeto contractual del CT 85 de 2015, no se encuentra relacionada la de “consecución de primeros clientes” como se puede evidenciar en la primera cláusula:



Tal y como ya se dijo, no necesariamente en un evento en el que se participa se presenta una operación comercial, para ello se debe entender que se trata de emprendedores que están desarrollando sus ideas para ofrecerlas al consumidor, pero las mismas deben ser objeto de transformación, perfeccionamiento y deben responder a las exigencias del mercado. En este orden de ideas, se hace necesario que los emprendedores reciban nuevos insumos para el desarrollo de su empresa, de acuerdo a lo obtenido en la participación de determinado evento.

Frente a lo expuesto, resulta preciso aclarar que lo que se menciona en dicho contrato respecto de la consecución de primeros clientes, es que el componente de incubación del proyecto involucra una actividad de comercialización orientada a la consecución de esos primeros clientes y que una de las principales actividades en este contexto, es la participación de los emprendimientos en ferias y eventos para promocionar sus productos y relacionarse con clientes potenciales. De otra parte, la justificación de la realización de la actividad A.3.3.P.2. “Participación en ferias”, según los estudios previos del convenio, es la del “*Relacionamiento con el entorno empresarial y con potenciales clientes en eventos especializados*”, siendo este el fin último de la actividad y como consecuencia de este relacionamiento se espera que se dé en algunos casos la consecución de primeros o nuevos clientes. Así las cosas, los eventos en los que participaron los emprendedores por medio de la realización y gestión del contrato en cuestión, efectivamente propiciaron espacios de relacionamiento con el entorno empresarial y/o con clientes, lo cual se evidencia en la descripción de cada uno de estos eventos especializados; Y en 8 de los 13 viajes gestionados por medio de este contrato, hubo participación de emprendimientos, como se evidencia en la siguiente relación:

Tabla 2. Participantes en eventos

Evento	Participantes: Emprendedores o actor del ecosistema
ANDICOM	Ana Maritza Sotelo - Asesora CreaTIC Juliana Aguilar Pino - Asesora CreaTIC Jhoana Guzmán - Asesora CreaTIC Fabian Muñoz - Asesor CreaTIC Jairo David Erazo - Smartsoft Play
FORO MET COMMUNITY	Cristina Idrobo - Asesora CreaTIC Verónica Suarez, emprendedora de "Mujeres TIC".
COLOMBIA 3.0	Wilfred Rivera - Asesor CreaTIC Diego Felipe Sánchez - Vigilax Edwin Ordoñez - CeoTIC Andrés Arias - Kcumen Digital Carlos Antonio Molano - Creazione Software Reinel Alirio Rodríguez- Eteknik Tania Lorena Cabrera - Appisoft Heidi Pabón - Inteligentemente Jairo David Erazo - SmartSoft Play David Meneses – Buxtar

EVENTO ALIADOS PEDAGÓGICOS	Oriana Robles – Racore
CONVOCATORIA PARA FINANCIACIÓN EMPRENDIMIENTOS	Gestora de CreaTIC: Juliana Aguilar
SPIN OFF	Gestor de CreaTIC: Luis Antonio Rojas
DNP- MINTIC	Gestores CreaTIC: Luis Antonio Rojas Potosí y Wilfred Rivera
FERIA INTERNACIONAL EN CANNES	Esteban Salazar - Smartsoft Play.
GIRA DE INCUBACIÓN	Asesores CreaTIC: Andrés Maya Santacruz - Asesor Marketing y Comunicaciones Jaime Dorado - Asesor Incubación Robert Mauricio Quiñones - Asesor de Incubación Juan Carlos Adrada - Asesor de Incubación Sebastián Alberto Zapata - Asesor de Incubación Daniel Leonardo Hoyos - Asesor de Incubación.
EVENTO CON MINTIC	Asesores de CreaTIC: Wilfred Fabián Rivera Martínez Luis Antonio Rojas Potosí
UNESCO EN BOGOTÁ	Cristina Idrobo - Asesora CreaTIC Johana Rojas - Inteligentemente.
RUEDA DE NEGOCIOS CAUCA	En el evento asistieron 46 empresas demandantes, 21 empresas oferentes, entre ellas se realizaron 120 citas de negocios y se lograron 76 acuerdos comerciales. Por parte de CreaTIC se mencionan las empresas en calidad de oferentes: Kcumen Digital SecurTIC group S.A.S Inteligentemente BUXTAR Smartsoft Play Ecotecma SeraTIC SoMos E-teknik AppiSoft Creazion Software Qualita Test Team Vigilax Electronics IDETI SuperNatural Media Group CeoTIC

Por otro lado, hay que destacar también que la asistencia de actores de la incubadora a eventos nacionales permite que se representen los intereses de varias empresas y no solo de una empresa asistente, pues Clúster está conformado por todos aquellos actores que pueden apoyar el fortalecimiento de la línea económica a la que este apunta -en este caso productos y servicios de tecnologías de la información-, así, los integrantes de un Clúster no son sólo empresas, sino todos aquellos participantes que desempeñan los roles requeridos para alcanzar ese objetivo último cuál es el fortalecimiento empresarial. Por tanto, no bastaría con enviar a un emprendedor a una feria empresarial o cualquier evento, pues es necesario que a este tipo de actividades y otros, asistan también aquellos que pueden dar soporte y brindar ayuda a éste.

Otro de los cuestionamientos del despacho es el siguiente: *“Verificados los documentos que soportan la carpeta contractual, no se encontraron evidencias del cumplimiento de las actividades pactadas, solo un cronograma de eventos y la asistencia, tampoco el correspondiente control y seguimiento”*. Sobre este, es necesario señalar que, Los soportes de la participación de los emprendedores se basan en sus informes de visita, bajo el entendido que en la observación se relaciona la presencia de un certificado como soporte de la asistencia a este tipo de eventos - siendo pertinente mencionar que no todos los eventos están diseñados para entregar certificados de

participación- se aclara que éstos están relacionados en los informes de viaje, los cuales contienen la descripción de actividades y los aprendizajes de la experiencia apoyada.

Estos informes, como evidencia de participación, responden a la dinámica diversa de estos eventos, en donde normalmente no se expiden certificados y en muchas ocasiones es poco conveniente tener listados de asistencia, en pro de dinámicas comerciales de los emprendimientos y su acompañamiento por gestores. Por esta razón, como soporte de este tipo de actividades se cuenta con los informes de viaje de los participantes, en los cuales, ellos describen la naturaleza del evento y el beneficio recibido por la participación en el mismo. Vale señalar que la solicitud de certificados de participación, así como las constancias de asistencia constituyen prácticas de las entidades públicas.

Otro reparo del despacho consiste en que; *“De igual forma, no se arrimaron soportes que demostraran las metas logradas, las personas beneficiadas o el grupo objetivo”*. Pues bien, contractualmente no se encuentra establecida la obligación de demostrar metas logradas a partir de la participación en eventos, más allá de propiciar y gestionar la participación de emprendedores y asesores CreaTIC en espacios de relacionamiento y fortalecimiento de capacidades de acompañamiento a empresas o emprendimientos de base tecnológica. Es pertinente también mencionar que el proceso para llegar a la consecución de una venta por parte de una empresa va más allá de la participación en espacios de relacionamiento y comercialización, por ello el componente 3 del proyecto contempla una serie de actividades complementarias a la A.3.3.P.2; aun así, no todas las empresas apoyadas lograrán este objetivo. El objeto del contrato claramente está orientado a: *“La prestación de soporte y servicios para actividades de gestión comercial, participación en ruedas de negocios y ferias de distinta índole, para el fortalecimiento empresarial de los emprendimientos del Clúster CreaTIC, en el marco de la actividad A.3.3.P.2. Participación en ferias”* siendo actividades específicas a cumplir:

- Designación de procesos de asignación a ferias
- Operación del proceso de asignación de apoyo a ferias
- Gestión de actividades de carácter logístico y administrativo entre otros: Soporte de tiquetes y comprobantes de asistencia, presentación de informes de las ferias patrocinadas realizadas.

Lo anterior, evidencia que contractualmente no se encuentra establecida la obligación de demostrar metas logradas a partir de la participación en eventos, más allá de propiciar y gestionar la participación de emprendedores y asesores CreaTIC en espacios de relacionamiento y fortalecimiento de capacidades de acompañamiento a empresas o emprendimientos de base tecnológica.

Corolario de lo mencionado, es importante hacer notar que el despacho no ha podido establecer en debida forma el monto del presunto detrimento, pues en favor de su investigación alega que este

debe entenderse por el valor total del contrato, es decir, por la suma de \$91.999.000 M/Cte., asumiendo injustificadamente que ninguna de las actividades ejecutadas por el contratista hubiese servido para el cumplimiento del objeto contractual. Empero, esto no es de recibo, siendo que al no tener certeza sobre el daño patrimonial que se investiga, el fallador no puede, ni debe atribuir responsabilidad sobre inciertos o indicios injustificados a quien persigue, es su carga desplegar una actividad investigativa que le permita determinar con probabilidad de verdad el monto por el cual acusa.

En ese orden, 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 proferir fallo sin responsabilidad fiscal. Lo anterior, siguiendo lo consagrado en el artículo 54 de la ley 610 de 2000 el cual explica:

*“**Fallo sin responsabilidad fiscal.** El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.”*

De esta forma, resulta conducente revocar el fallo con responsabilidad fiscal respecto al proceso de responsabilidad fiscal que nos atiende por cuanto no existió el cuestionado detrimento patrimonial y por el contrario los dineros fueron invertidos para el desarrollo y puesta en funcionamiento de la obra, ya que, la obra fue recibida a satisfacción sin que ello significara que los emolumentos previamente invertidos no hayan tenido como destino la misma en garantía de su estabilidad y duración.

B. EL PRESENTE ASUNTO NO SE REUNEN LOS PRESUPUESTOS PARA PROFERIR FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL, EN RAZÓN A QUE NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES

Es menester acotar que, de conformidad con los elementos de prueba allegados al interior del expediente, se evidencia que hubo gestión diligente, cumplimiento y seguimiento al contrato CT 085 de 2015. En efecto, no se observa ni mucho menos demuestra, que lo endilgado por la Contraloría con respecto al presunto detrimento patrimonial, sea como consecuencia de dolo o de culpa grave en cabeza de los presuntos responsables fiscales.

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

de los elementos de la responsabilidad fiscal, no es suficiente probar la existencia de culpa leve o levísima en el patrón de conducta del gestor, sino que dicho patrón constituya una actuación dolosa o **gravemente** culposa. Lo anterior, ha sido explicado puntualmente por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-619 de 2002, que declaró inexecutable específicamente el parágrafo segundo del artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que fijaba a la culpa leve como requisito de configuración del primer elemento de la responsabilidad. En efecto, el tenor literal de la providencia de la Corte Constitucional que explica que el grado de culpa en la responsabilidad fiscal es únicamente aquél que demuestre una conducta dolosa o gravemente culposa, es el siguiente:

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

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

6.6. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por

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

(...)

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

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

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

responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4° parágrafo 2° y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable en la parte resolutive de esta Sentencia.⁸ (Subrayado y negrilla fuera de 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 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 la actuación de los presuntos responsables 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 mandato del artículo 63 del Código Civil, son conceptos que deben asimilarse cuando se realizan análisis de responsabilidad.

Dicho lo anterior y antes de continuar con el análisis de la normativa, es necesario mencionar que con el material probatorio contenido en el auto que nos ocupa, se puede afirmar que la Contraloría no tiene ninguna prueba útil, conducente ni pertinente para sostener que hubo un detrimento en el patrimonio de la entidad. Por el contrario, dentro del proceso se avizoran documentos que prueban la debida ejecución del contrato con acatamiento de las condiciones del mismo. Es así, como se observa que, las actividades ejecutadas por el contratista en efecto sirvieron para el cumplimiento del objeto contractual.

Estos documentos resultan de vital importancia para hacer un análisis serio, objetivo y responsable de las conductas imputadas a los supuestos responsables fiscales. En ese sentido, de ellos no se pueden analizar las conductas que presuntamente desembocaron en el detrimento patrimonial, mucho menos se puede afirmar la existencia culpa y mucho menos de dolo en cabeza de los investigados. Precisamente, porque lo que denota su actuación es un actuar diligente y ajustado sobre sus deberes.

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

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

“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).⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

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 (...)”¹⁰ (subrayado y negrilla fuera del texto original).

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

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

En otras palabras, para endilgarle responsabilidad fiscal a los sujetos previamente identificados, 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 de los presuntos responsables. Por el contrario, de la totalidad de los elementos probatorios, se logra vislumbrar un patrón de conducta diligente, por cuanto se encuentran totalmente demostradas una serie de actuaciones en cabeza de los investigados, tendientes a garantizar la debida ejecución del contrato.

De este modo, 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 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 la revocatoria del fallo. A su vez y solo de forma reiterativa, no existen pruebas idóneas dentro del plenario que pudieran acreditar la culpa grave o el dolo. Sustento de lo anterior, se reitera que los dineros que alega la Contraloría se tienen como detrimento del erario no se perdieron ni fueron destinados de forma indebida por los implicados, por el contrario, fueron utilizados a cumplir con el objeto contratado.

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 a los presuntos responsables 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*.

Consecuentemente, luego de haber analizado la totalidad de las pruebas que obran en el expediente, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los investigados. Sin embargo, si por alguna razón el 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.

Concluyendo, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza de los presuntos responsables, automáticamente se desvirtúa la posibilidad de estatuir un nexo de causalidad entre lo endilgado y el supuesto detrimento. De suerte que no concurren los elementos para que se estructure la responsabilidad fiscal perseguida, por lo cual resulta jurídicamente improcedente continuar con este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

IV. PETICIONES

PRIMERA. Revocar el Fallo Con Responsabilidad Fiscal **012 del 21 de diciembre de 2023**, notificado el 02 de enero de 2024, y se declare que no hay alcance o responsabilidad fiscal para **CESAR DANIEL SAMBONI ADRADA, HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR, RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO ORLANDO RIVERO MONTAÑO**CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER, 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 de aquellos.

SEGUNDA. En caso tal de que el Despacho considere la existencia de la supuesta responsabilidad en contra de los presuntos responsables fiscales, solicito respetuosamente la **REVOCATORIA** del numeral **TERCERO** del **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 012 del 21 de diciembre de 2023**, notificado el 02 de enero de 2024, y, por consiguiente, se desvincule a mi representada como tercero civilmente responsable por todo lo expuesto anteriormente.

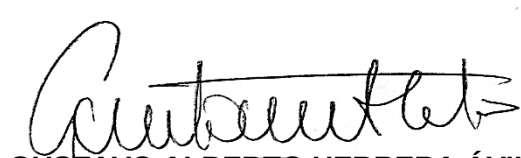
TERCERA. En el remoto evento que el despacho no revoque el **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 012 del 21 de diciembre de 2023**, respetuosamente solicito se tenga en cuenta todas y cada una de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro vinculado al proceso, el límite del valor asegurado en cuantía que obedezca a la propia póliza, atendiendo la disponibilidad del valor asegurado.

CUARTA. En el remoto evento que el despacho no revoque el **Fallo Con Responsabilidad Fiscal No. 012 del 21 de diciembre de 2023**, respetuosamente solicito se aclare la parte resolutoria del fallo, y se indique de forma clara el amparo a afectar dentro de la Póliza de Manejo Global Sector Oficial No. 3000092, así como el valor que le corresponde asumir a la compañía aseguradora debido al citado contrato de seguro.

V. **NOTIFICACIONES**

El suscrito en la Avenida 6A Bis N° 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212, de la ciudad de Cali, o en la Secretaría de su Despacho. Dirección electrónica: notificaciones@gha.com.co

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.