



GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CAUCA

GRUPO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO

RADICADO CUN SIREF	PRF-2019-01081 AC-80193-2019-27438
ENTIDAD AFECTADA	DEPARTAMENTO DEL CAUCA- NIT No. 891580016-8
CUANTIA	SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES pesos (\$69.485.573)
PRESUNTOS RESPONSABLES	<p>CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. Corporación Parquesoft Popayán y/o Clúster Creativ. NIT No. 817006005. Ejecutor del Convenio Marco 1194-2013 y contratante en el contrato 085-2015.</p> <p>CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA C.C. 76.318.367 de Popayán, en calidad de Representante Legal Corporación Clúster Creativ</p> <p>HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR C.C. 19.256.160 de Bogotá – D.C., en calidad de Supervisor del Convenio 1194-2013.</p> <p>LAURA MARIA LÓPEZ CASTRILLÓN C.C. 34.544.927 de Popayán, EN CALIDAD DE Supervisora Corporación Clúster Creativ</p> <p>RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO C.C. 10.307.286, en calidad de representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL – CITE Contratista – contrato 085-2015</p>
GARANTES	<p>Compañía Aseguradora de Fianzas — LA CONFIANZA, con NIT 860.070.374-9, en virtud de la Póliza No. 30 GU 108628</p> <p>LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con NIT No. 860.002.400-2, Póliza Global Sector Oficial No. 3000092 – 2015</p>

EL Directivo Ponente de la Gerencia Departamental Colegiada de Cauca de la Contraloría General de la República - Regalías, Dr. Ricardo Gembuel Chavaco, en ejercicio de la competencia establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política de 1991, artículos 22 y 24 de la ley 610 de 2000, Ley 1474 de 2011, Resolución Orgánica 6541 del 18 de abril de 2012, 6928 del 9 de enero de 2013, procede a proferir la presente decisión de fondo, teniendo en cuenta los siguientes:

1. FUNDAMENTOS DE HECHO

1.1. Antecedente

Según el oficio 20187IE0005787 del 26 de enero del 2018, el Contralor Delegado Intersectorial para Regalías, dio traslado a este despacho del hallazgo fiscal 61202, producto de la Auditoría de Cumplimiento los recursos de Regalías vigencias 2012 a 2017, ejecutados en el departamento del Cauca y por auto 105 del 08 de marzo del 2018 se da inicio la Indagación Preliminar IP-2019-00541.

1.2. Hecho a Investigar

Se tiene como hecho irregular el presunto incumplimiento del contrato No. 085 de 2015, suscrito entre la Corporación de Incubación y Fomento de Empresas de Base Tecnológica. Corporación Parquesoft Popayán y/o Clúster Creativ. NIT No. 817006005 y la CORPORACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL – CITE NIT No. 8900.420.336-6, con ocasión del Convenio Marco 1194-2013 y cuyo objeto fue la ejecución de la actividad A.3.3.P.1, asociada a este último.

1.3. Entidad afectada:

DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

1.4. Presuntos responsables

CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIV. NIT No. 817006005. Ejecutor del Convenio Marco 1194-2013 y contratante en el contrato 085-2015.

CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA C.C. No 76.318.367 de Popayán, en calidad de Representante Legal Corporación Clúster Creativ.

HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR C.C. No 19.256.160 de Bogotá – D.C., en calidad de Supervisor del Convenio 1194-2013.

LAURA MARIA LÓPEZ CASTRILLÓN C.C. No. 34.544.927 de Popayán, EN CALIDAD DE Supervisora Corporación Clúster Creativ.

RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO C.C. No. 10.307.286, en calidad de representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL – CITE Contratista – contrato 085-2015.

1.5. Garantes

Compañía Aseguradora de Fianzas — LA CONFIANZA, con NIT No. 860.070.374-9, en virtud de la Póliza No. 30 GU 108628.

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con NIT No. 860.002.400-2, en virtud de la Póliza Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 – 2015.

1.6. Cuantía

SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES pesos (\$69.485.573).

1.7. Asunto a resolver

Mediante fallo mixto No. 12 del 21 de diciembre del 2023, este despacho resolvió de fondo el presente proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

“PRIMERO. FALLAR CON RESPONSABILIDAD dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081, por el presunto detrimento causado al patrimonio público por las presuntas irregularidades e incumplimiento del contrato 085-2015 suscrito entre el CLUSTER CREATIC y CITE para ejecutar la actividad A.3.3.P.2 del convenio de cooperación 1194-2013, en cuantía indexada de CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS (\$138.971.145), contra de las personas que se pasan a detallar, vinculadas en calidad de presuntas responsables fiscales, de manera solidaria, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000:

- *CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIC. NIT No. 817006005. Ejecutor del Convenio Marco 1194-2013 y contratante en el contrato 085-2015, correo electrónico solo para citaciones cesardanielsa@gmail.com, con apoderado de confianza el abogado FRANKLYN FAJARDO SANDOVAL con correo electrónico para citaciones franklynfajardo_@hotmail.com.*
- *CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA C.C. No 76.318.367 de Popayán, en calidad de Representante Legal Corporación Clúster Creativ, correo electrónico solo para citaciones cesardanielsa@gmail.com, con apoderado de confianza el abogado FRANKLYN FAJARDO SANDOVAL con correo electrónico para citaciones franklynfajardo_@hotmail.com.*
- *HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR C.C. No. 19.256.160 de Bogotá – D.C., en calidad de Supervisor del Convenio 1194-2013, correo electrónico solo para citaciones*

hersan4@hotmail.com, con apoderado de confianza el abogado FRANKLYN FAJARDO SANDOVAL con correo electrónico para citaciones franklynfajardo_@hotmail.com.

- *RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO C.C. 10.307.286, en calidad de representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL – CITE Contratista – contrato 085-2015. Carrera 15 No. 7-45 de Popayán. Correo electrónico solo para citación: info@citecolombia.com.*

SEGUNDO. FALLAR SIN RESPONSABILIDAD dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081, por las presuntas irregularidades e incumplimiento del contrato 085-2015 suscrito entre el CLUSTER CREATIC y CITE para ejecutar la actividad A.3.3.P.2 del convenio de cooperación 1194-2013, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 610 de 2000, en favor de LAURA MARIA LÓPEZ CASTRILLÓN C.C. 34.544.927 de Popayán, en calidad de Supervisora Corporación Clúster Creativ. Carrera 9 No. 27 No. 150 casa 11 Conjunto La Floresta de Popayán. Correo electrónico solo para citación: lopezcastrillonlaura@gmail.com

TERCERO. DERIVAR RESPONSABILIDAD dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-01081 en calidad de garantes – terceros civilmente responsables a cargo de las siguientes aseguradoras, en virtud de los contratos de seguro que se detallan para cada una en una cuantía, de manera solidaria por el valor de todo el detrimento patrimonial es decir por la suma de CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS (\$138.971.145), conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en los artículos 44 de la Ley 610 de 2000 y artículo 120 de la ley 1474 de 2011:

- *Compañía Aseguradora de Fianzas — LA CONFIANZA, con NIT No. 860.070.374-9, en virtud de la Póliza No. 30 GU 108628 por el amparo CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO MARCO.*

Apoderada de confianza, la Dra. DIANA YAMILE GARCÍA RODRÍGUEZ, con correos electrónicos para citación: siniestros@confianza.com.co y copia dgrabogada@gmail.com.

- *LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con NIT No. 860.002.400-2, en virtud de la Póliza Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 – 2015, por el amparo FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL.*

Con apoderado de confianza, el Dr. GUSTAVO ALBERTO HERRERA. Correo electrónico para citaciones: NOTIFICACIONES@gha.com.co. “

Esta decisión se notificó a los vinculados, quienes presentaron los recursos, como se detalla para cada uno:

- **CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIC**, notificado personalmente por medio de su apoderado de confianza el

día 27 de diciembre del 2023¹, interpuso recursos el 03 de enero del 2024 mediante radicado 2024ER0000486².

- **CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA**, notificado personalmente por medio de su apoderado de confianza el día 27 de diciembre del 2023³, interpuso recursos el 03 de enero del 2024 mediante radicado 2024ER0000486⁴.
- **HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR**, notificado personalmente por medio de su apoderado de confianza el día 27 de diciembre del 2023⁵, interpuso recursos el 03 de enero del 2024 mediante radicado 2024ER0000486⁶.
- **LAURA MARIA LÓPEZ CASTRILLÓN**, notificado vía aviso mediante radicado 2024EE0004205 del día 20 de enero del 2024⁷ entregado en su destino en la misma fecha⁸, no interpuso recursos.
- **RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO**, fue citado el 22 de diciembre del 2023 mediante radicado 2023EE0226924 a comparecer para efectos de ser notificado⁹, no obstante, se notifica por conducta concluyente el día de la presentación del recurso, el cual interpone mediante radicado 2024ER0000388¹⁰ de fecha 03 de enero del 2024.
- **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS — LA CONFIANZA**, notificado vía correo electrónico radicado 2023EE0228009 entregado en su destino el día 26 de diciembre del 2023¹¹ por expresa autorización de la apoderada del 22 del mismo mes y año, radicado 2023ER0244748¹², no interpuso recursos.
- **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, notificado vía correo electrónico mediante radicado 2024EE0000087 enviado el día 02 de enero del 2024¹³ por expresa autorización de la misma fecha¹⁴, interpuso recurso

¹ 20231227 notificacionpersonal apoderado cesar_cluster_hernado prf 01801

² 20240103 RECURSO APODERADO CESAR_CLUSTER_HERNANDO 2024ER0000486PRF 1081, 20240103 RECURSODEREPOSICIONFALLOMIXTO FAJARDO 01081

³ 20231227 notificacionpersonal apoderado cesar_cluster_hernado prf 01801

⁴ 20240103 RECURSO APODERADO CESAR_CLUSTER_HERNANDO 2024ER0000486PRF 1081, 20240103 RECURSODEREPOSICIONFALLOMIXTO FAJARDO 01081

⁵ 20231227 notificacionpersonal apoderado cesar_cluster_hernado prf 01801

⁶ 20240103 RECURSO APODERADO CESAR_CLUSTER_HERNANDO 2024ER0000486PRF 1081, 20240103 RECURSODEREPOSICIONFALLOMIXTO FAJARDO 01081

⁷ 20240115 AVISO NOTIFICA FALLO LAURA 2024EE0004205 PRF 1081

⁸ 20240120 GUIA472 NOTIFICACION AVISO LAURALOPEZ 2024EE0004205 PRF 01081

⁹ 20231222 CITACIONNOTIFICACION RIVERO 2023EE0226924 PRF 01081

¹⁰ 20240103 RECURSOREPOSICIONALFALLO RIVERO 2024ER0000388 PRF 1081

¹¹ 20231226 LECTURA NOTIFICACION FALLO APODERADO CONFIANZA 2023EE0228009 PRF 01081

¹² 20231222 AUTORIZA NOTIFICAIN CORREO CONFIANZA 2023ER0244748 PRF 2019-01081

¹³ 20240102 NOTIFICACION FALLO CORREO ASEGURADORA 2024EE0000087 Y AUTORIZACION

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 6 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

mediante radicado 2024ER0003673¹⁵ de fecha 10 de enero del 2024.

Que procede el despacho a resolver los recursos de reposición impetrados en contra del fallo, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

- **CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIC
CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA
HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR¹⁶**

Que los tres presunto responsables se encuentran apoderados por el mismo abogado, quien presentó un solo recurso, documento en el que transcribe apartes del fallo, para luego advertir la manera en que se abordarán los argumentos impugnatorios.

En un cuadro explicativo resume el contenido del fallo, presentado los ítems y la posición del despacho respecto de cada uno Vo.Gr. fundamentos de hecho, fundamentos de derecho, consideraciones, concepto de daño, detrimento patrimonial en el caso concreto, indexación del detrimento patrimonial, gestión fiscal y calificación de la conducta, gestión fiscal en el caso concreto y nexos causales, para luego presentar las refutaciones a estos argumentos, que en criterio del apoderado se contradicen, argumento que solo menciona más no hace alusión a apartes específicos en esta instancia.

Comienza por los fundamentos normativos del control fiscal en nuestro país, específicamente por el artículo 267 superior para luego desarrollar el objeto de la responsabilidad fiscal de que trata el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, argumento que respalda con apartes de jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Pasa a advertir que las garantías sustanciales y procesales no se pueden descuidar en el proceso de responsabilidad fiscal, trayendo a colación apartes de la sentencia SU-620 de 1996, para finalmente indicar, que a este tipo de procesos les es aplicable el debido proceso, lo cual es cierto y agrega este despacho, que en el presente proceso, tales preceptos relacionados con tal derecho fundamental, han sido acatados a cabalidad.

PRF 01081

¹⁴ 20240102 AUTORIZACION NOTIFICACION ASEGURADORA PREVISORA 2024ER0000452 PRF 01081

¹⁵ 20240110 RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA FALLO PREVISORA 2024ER0003673 PRF 2019-01081

¹⁶ 20240103 RECURSO APODERADO CESAR_CLUSTER_HERNANDO 2024ER0000486PRF 1081, 20240103 RECURSODEREPOSICIONFALLOMIXTO FAJARDO 01081

Seguidamente considera conveniente ilustrar al despacho sobre el concepto de responsabilidad mencionado para ello el contenido de los artículos 1 y 3 de la Ley 610 de 2000 y jurisprudencia del Consejo de Estado.

En un siguiente punto titulado “a) ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA LEGAL”, inicia haciendo mención del artículo 5 de la citada Ley 610 de 2000, pasando a hacer referencia a la “sanción”, e indica que según doctrina que cita, la norma omite establecer el daño como elemento inicial de la responsabilidad fiscal; no obstante, a renglón seguido, hace alusión a otros tratadistas que si consideran el daño como elemento primordial en este tipo de responsabilidad.

Prosigue con el artículo 6 de la mencionada Ley, que luego de ser copiado al pie de la letra, pasa a ahondar de cara a la sentencia C-340 de 2007 que declaró la inexecutable de la expresión “uso indebido” e “inequitativa” y presenta su posición al respecto, para hacer lo propio respecto de la sentencia C-840-2001.

Presenta su posición frente a la inexecutable del artículo 126 del Decreto 403 del 2020; prosigue con el artículo 53 de la tantas veces mencionada Ley 610 de 2000 y redirecciona sus planteamientos al grado de culpa con el que se debe valorar la responsabilidad fiscal, trayendo de paso a colación, la sentencia C-619 del 2002, que declaró inexecutable la expresión “leve”.

En este punto retoma nuevamente lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley que regula el proceso de responsabilidad fiscal, para luego complementar la explicación con lo consagrado en el artículo 118 de la Ley 1474 del 2011, el cual transcribe *in extensu*, normativa que explica en sus propias palabras para luego hacer alusión a lo prescrito por el legislador en el artículo 66 de la Ley inicialmente mencionada, tema esta último, sobre el que no escatima explicación a fin a su contenido y alcance, advirtiendo que extender esta aplicación normativa a regímenes diferentes, generaría un escenario de inseguridad jurídica, con violación al los principios de legalidad y debido proceso; además hace referencia *a posteriori*, al artículo 63 del Código Civil.

Posteriormente, pasa a desarrollar y explicar lo que endiente y considera sobre el elemento nexo causal a partir de doctrina que transcribe.

En la página 40 del escrito impugnatorio y luego de haber dejado claros sus conocimientos respecto de la responsabilidad fiscal y sus elementos e ingredientes normativos (a los que el despacho no hará referencia por cuanto las generalidades de la responsabilidad fiscal no son objeto de debate de en este proceso, máxime si lo expuesto no se centra en los presupuestos fácticos, probatorios o normativos de la litis), titula un nuevo espacio argumentativo, así: “ANÁLISIS DEL ELEMENTO OBJETIVO, SUBJETIVO Y DE CAUSALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL”, que como su nombre lo indica, por medio de sentencias de las altas cortes explica tales elementos, para finalmente entrar a hacer las observaciones puntuales frente al cumplimiento de lo contratado y al debate concreto que se busca generar frente a

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 8 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

la decisión de fondo.

Luego de transcribir el objeto del contrato 085 del 2015 y las actividades a las que se comprometió CITE, indica que la decisión que se cuestiona se sustenta en ausencia de registro documental y hace referencia a que respecto del convenio marco había varios entregables y se tenía para ello, un plazo de 5 años para su ejecución.

Que el año 2015 era el segundo año de ejecución del convenio marco, momento en que la Corporación estaba en crecimiento y para conseguir los 200 emprendimientos se debía tener en cuenta que había que hacer un acompañamiento para la incubación, tema desconocido en la región hasta ese entonces, asegura que para la incubación de dicha cantidad de empresas era necesario conocer miles de emprendedores con sus ideas, procesarlas, verificarlas, modificarlas, mejorarlas, es decir, no era algo que se lograra en un primer momento.

Como primera medida, se debe quiere dejar en claro, que no se ha investigado bajo esta cuerda procesal el cumplimiento o incumplimiento del convenio marco de donde provienen los recursos con los que se canceló el contrato suscrito entre la Corporación y CITE; en tal sentido, independiente de que aquel haya alcanzado o no las metas y los propósitos planteados por la Gobernación del Cauca para su suscripción; lo que realmente se ha dispuesto como hecho generador del daño es el incumplimiento del segundo contrato mencionado, suscrito para ejecutar una actividad clara y específica de aquel en la vigencia 2015; como puede apreciarse, estamos al frente de dos universos jurídicos diferentes, ejecutados y pactados en contextos, por partes y con objetivos diferentes pero afines; sin embargo, que sean afines no quiere decir que la gruesa línea que los separa se pueda desdibujar, toda vez que especificidad del contrato 085-2015 no puede subsumirse en la generalidad del convenio marco.

En virtud del principio de coherencia que debe reinar en las decisiones administrativas como lo es este proceso, nunca se ha descuidado por esta Gerencia Colegiada que el contrato 085 de 2015 tenía de manera clara un objeto para su materialización negocial, como era ejecutar únicamente, la actividad A.3.3.P.2 del convenio marco en el año 2015, por tanto, el despliegue para su ejecución debía dirigirse y direccionarse indefectiblemente al cumplimiento de la misma y siendo tan clara la obligación contractual, no se entiende el por qué tanto el contratante como contratista desviaron su objeto y pretenden escudar el incumplimiento en la generalidad del convenio marco, sienta tal objeto contractual tan específico:

A.3.3.¹⁷ APOYO EN COMERCIALIZACION Y CONSECUCIÓN DE PRIMEROS CLIENTES, según los estudios previos se compone de las siguientes actividades:

¹⁷ Ver página 16 PDF: “1. Estudios-Previos-Convenio 1194-2013 Parquesoft” en la ruta: H17 SGR2017\1. CONVENIO-1194-2013-y-Anexos

A.3.3. Apoyo y comercialización de consecución primeros clientes	en y de	A.3.3.P.1. Comercialización de emprendimiento	Soporte a procesos de comercialización centrados en medios de captura de atención del usuario final
		A.3.3.P.2. Participación en ferias	Relacionamiento con el entorno empresarial y potenciales clientes eventos especializados.

Y se asegura lo anterior, porque el libelista afirma que con el contrato suscrito con CITE, no se iban a lograr la incubación de 200 emprendimientos, pues este fue uno de los más de 400 celebrados, que en criterio del apoderado hizo un aporte de 90 actividades; en tal orden de ideas y como se puede leer en la decisión de fondo tomada en el PRF 1081, nunca se ha pretendido que con el citado contrato cuestionado se exigiera cumplir el 100% de la actividad a lo largo del proyecto, lo que claramente se ha cuestionado, es que en el 2015 el contrato 085 de ese mismo año, no cumplió a cabalidad con lo que se había pactado, esto es, permitir que las empresas incubadas y emprendimientos, asistieran a ferias que les permitieran el acercamiento con sus primeros clientes.

En tal sentido y analizando los argumentos de la impugnación, el despacho evidencia una falta de planeación en la ejecución de esta actividad, pues si como lo indican, en el año 2015 apenas se empezaba a desarrollar la incubación y escasamente se estaba en el proceso de conocer miles de emprendedores con sus ideas, las cuales era necesario procesar, verificar, modificar y mejorar ¿Por qué se contrató con CITE una actividad en el año 2015 que no era viable o que no podía ser bien aprovechada, por la falta de madurez de los emprendimientos?.

La respuesta a esa pregunta no deja bien posicionada la gestión del CLÚSTER y su representante legal y la ejecución de contrato como tal, corrobora que no se fue diligente por estos en la gestión de los recursos, pues si bien se usó el contrato 085 del 2015 para llevar a los funcionarios de la contratante a distintos eventos para fortalecimiento del Clúster y capacitación de sus empleados en temas TIC, debe destacarse que en el proyecto se habían destinado unas actividades específicas que si debieron ejecutarse al inicio del convenio marco y con recursos especialmente destinados para ello como lo fue la actividad 5.5.9.2.2¹⁸ y no en la A.3.3.P.2 destinada para los emprendedores:

CONTRATANTE	CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA – PAQUESOFT POPAYÁN.
CONTRATISTA:	LAURA MARIA LÓPEZ CASTRILLÓN
NIT Y/O CEDULA	C.C. 34.544.927 de Popayán
OBJETO:	Contribuir en mejorar el relacionamiento entre los actores del Clúster CREATIC y las de ellos con organizacionales locales, nacionales e internacionales, y en genera con los diferentes integrantes del Ecosistema de Negocios de Base Tecnológica, con el fin de aportar a la consecución de los logros planteados por la Corporación en el plan de acción 2015. Actividad 5.5. “ Alianzas empresariales estratégicas – Join ventures” Actividad 5.5.P.2 2 “Establecimiento de Alianzas”

¹⁸ Ver PDF: “41. Contrato (1)” en la ruta: CD FOLIO 11\5.4. Documentos_Supervisor



Teniendo claro que no es posible tener como cumplido un contrato por el hecho de que en la ejecución del convenio se suscribieron más de 400 negocios jurídicos que sí se cumplieron, volvemos a la impugnación, en donde luego a transcribir la declaración una testigo el apoderado reprocha, que esta y otras, son usadas para fortalecer la hipótesis de sancionar y no para sacar adelante la defensa e insiste que un contrato de 17 mil millones para sacar 200 emprendimientos, no se resolvería con un solo paso, reprochando que se ha dejado de lado el convenio marco para fijar la mirada en un solo contrato.

Agrega que los compromisos de CITE se cumplieron y la valoración que se le otorga a los medios probatorios se escapa del control de los responsabilizados.

Considera que de haberse valorado los testimonios, se hubiese encontrado que los emprendedores si participaron y recibieron apoyos para sustentar su labor que terminó siendo exitosa.

Nuevamente esta gerencia colegiada, insiste que nunca se ha cuestionado al CLUSTER por no sacar adelante el Convenio marco con el contrato 085 del 2015, pues no ha sido la lógica en la que se han sustentado los hechos irregulares y las pruebas en que se sostienen las decisiones del ente de control; en cuanto al hecho de que el despacho hizo uso de los testimonios solicitados por la parte para nutrir la demostración de la existencia de los elementos de la responsabilidad fiscal, descuida el impugnante que en virtud del principio de COMUNIDAD DE LA PRUEBA, éstas no pertenecen a la parte que las solicita y mucho menos al operador jurídico fiscal, sino al proceso; por tanto, no puede pretender que los testimonios rendidos, se aprecien en lo favorable a la parte que la solicitó.

En tal orden de ideas los testimonios rendidos dentro del proceso existen en el expediente e independientemente de su origen, no son propiedad o de uso exclusivo de alguno de los sujetos procesales, sino que pertenecen y forman parte de éste, y bajo tal premisa se procedió a analizarlos y a encajarlos en la motivación; no así el libelista impugnante, quien únicamente expone la inconformidad de manera general, desaprovechando la oportunidad procesal para controvertir la motivación y el uso de tales herramientas probatorias, al no demostrar de manera concreta y específica el supuesto el yerro del despacho en el análisis que hace de las mismas.

Retornando a las impugnaciones, arguye que al considerar que la participación en ferias por parte del personal de la Corporación, se circunscribe al incumplimiento del contrato, se deja de lado que la labor era de largo aliento de cara al convenio marco, respecto del que se pregunta el impugnante si el mismo se dejó de ejecutar; sobre esto nuevamente se insiste que independientemente de muchas otras actividades realizadas en el marco del convenio general a lo largo de los años que estuvo vigente, lo que se ha investigado, es un contrato en específico, suscrito para una actividad concreta a desarrollarse en un periodo de tiempo determinado, lográndose establecer que tales derroteros no se cumplieron conforme a lo que se había pactado.

En cuanto a la participación de los funcionarios de la Corporación en las actividades, como

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 11 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

ya se dejó enunciado párrafos atrás, las acciones que ejecutaron estos no se circunscribían a las necesidades que se debían proveer con el contrato 085 del 2015, pero además, el Clúster recibió recursos para todas y cada una de las actividades del convenio, pues en estas se sustentaba la ejecución de los recursos y la participación de los funcionarios en ferias a las que debían asistir los emprendimientos cambió por completo el objeto y las necesidades a suplir.

Y no podía ser de otra manera, pues la actividad A.3.3.¹⁹ APOYO EN COMERCIALIZACION Y CONSECUCIÓN DE PRIMEROS CLIENTES, tenía sub actividades como eran: **“i) Definición de procesos de asignación de apoyo a ferias y ii) Operación de procesos de asignación de apoyo a ferias”**, las que no se puede decir que se cumplieron con la participación de funcionarios del Clúster a las mismas por obvias razones, pues estos no eran los dueños de los emprendimientos, no eran estos los que se acercarían a potenciales clientes, por la sencilla razón que no eran los funcionarios del Clúster los propietarios de las empresas incubadas que necesitaban ser impulsadas.

En cuanto a la actividad **“iii) Gestión de actividades de carácter logístico y administrativo”**, es una actividad que en ningún momento procesal se soporta por parte del Clúster, su Representante legal y mucho menos por el representante legal de CITE, más cuando estos eran la fuente primaria de la información, en especial este último que fue quien ejecutó el contrato y fue quien debió realizar todas las actividades de carácter logístico y administrativo de tales ferias; en tal sentido, no existe una sola evidencia ni en CITE y mucho menos en CREATIC de que aquella corrió con tales gastos; así entonces, no tiene presentación que el CLUSTER no tenga evidencia de su gestión, hecho que deja en descubierto la negligencia, descuido y desidia con la que gestionó al menos este contrato 085 del 2015.

Por último, el impugnante indica que este despacho acepta que se ejecutaron actividades, lo cual no fue apreciado al momento de tasar la pérdida, lo que le hace cuestionar el daño y a diferencia de lo expuesto por el despacho, considera que si existe material probatorio con el que se puede verificar la ejecución contractual, pero no esboza cual, omitiendo hacer una presentación seria y detallada de los elementos probatorios que asegure, si existen, dejando su argumento sin alma y sin sustento.

En cuanto a que se aceptado que si se ejecutaron actividades, es cierto, pero se demostró que las mismas no beneficiaron en un 100% a los emprendedores, sino al CLUSTER y en las justificaciones que este entrega para que se tengan en cuenta en la ejecución del contrato, es evidente que las mismas no encajan en las obligaciones del negocio jurídico, adicionalmente, tales justificaciones de la necesidad de participar en eventos, hacen parte de otras actividades del convenio marco, que a su vez tenían financiación diferente a la participación en ferias de los emprendedores.

¹⁹ Ver página 16 PDF: “1. Estudios-Previos-Convenio 1194-2013 Parquesoft” en la ruta: H17 SGR2017\1. CONVENIO-1194-2013-y-Anexos

Se insiste que de conformidad con el Proyecto “**Fortalecimiento de las capacidades de las empresas de base tecnológica en TIC del Cauca para competir en un mercado global**,” el objeto de esta actividad A.3.3.P.2, misma incluida en el objeto del contrato suscrito con CITE, este tenía como único fin participación en ferias de los emprendedores, por tanto el que no se haya ejecutado el contrato en el marco de esa actividad, quiere decir que el objeto desarrollado no se compadeció con el principio *pacta sunt servanda*.

Ahora bien, el proyecto marco²⁰ contenía la actividad A.4.1. Fortalecimiento de la incubadora, en el que podía contratar para fortalecimiento de capacidades de los funcionarios del Clúster (A.4.1.P.2); así mismo, tenía como actividad específica:

*“A.4.1P.2 Contratación de personal para la operación de la incubadora - soporte a los procesos técnicos de la incubadora de empresas... **A.4.7 Capacitar personal para el apoyo en la aceleración de emprendimientos** ... a.4.7.p.1 proceso de formación de personal para brindar apoyo y aceleración de emprendimientos – Generación de personal propio para el apoyo y aceleración de emprendimientos...”.* (Destacado fuera de texto)

Pero en especial, encontramos:

“A.4.19.1 consultoría para definir modelo de negocio de la incubadora de empresas – asesoría para la mejora del modelo de negocio de la incubadora de empresas, y así propender por la autosostenibilidad de la misma.

A.4.1.9.2 contratación de personal para la operación de la incubadora – soporte de procesos técnicos internos de las incubadoras de empresas.”

Como si no fuera suficiente lo anterior, también el proyecto contaba con actividades transversales de administración como lo No. A.5, según las cuales tal componente tenía como objeto apoyar la unidad de gestión del Clúster, la definición de modelos de gestión y operaciones del mismo, pero en específico se financió como actividad una consultoría especializada para crear alianzas con empresas y organizaciones tendientes a fortalecer el Clúster, para la transferencia de conocimiento, compartir riesgos, etc., actividades que ejecutaron los funcionarios de esta entidad, enviados a los eventos, como lo aseguraron los testigos llamados a declarar dentro del proceso:

A.5.5. empresariales estratégicas Joinventures	Alianzas -	A.5.5.P.1	Investigación para la conformación de alianzas	Consultoría especializada para definir qué tipo de alianzas deben establecerse para fortalecer el Cluster TIC
		A.5.5.P.2	Establecimiento de alianzas	Creación de alianzas con empresas y organizaciones que puedan transferir conocimiento y compartir riesgo

²⁰ Ver: “1. Estudios-Previos-Convenio 1194-2013 Parquesoft.pdf” en la ruta: CD FOLIO 11\1. CONVENIO-1194-2013-y-Anexos

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 13 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

En este orden de ideas, no encuentra justificación el despacho, en que los recursos y actividades que se debían direccionar de forma exclusiva a los emprendedores se desviarán en los funcionarios y otras actividades propias del Clúster, pese a que con los recursos del convenio, también se había previsto apoyar económicamente la gestión administrativa de este como incubadora; por ello los argumentos esbozados por estos presuntos responsables, no están llamados a prosperar y se confirmará la decisión tomada en su contra.

- **RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO²¹.**

Pese a que este presunto responsable no se notificó personalmente o por aviso, en el recurso hizo manifestación expresa al fallo mixto proferido en el PRF 1081, tanto que en el citado documento transcribió la parte resolutive del mismo, por tanto, se aplica lo dispuesto en artículo 301 del C.G.P. y se entiende notificado por conducta concluyente el día de la presentación del recurso, es decir, el 03 de enero del 2024:

“ARTÍCULO 301. NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE. La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal.”

Hecha la anterior salvedad, entramos a analizar los argumentos impugnatorios del libelo presentado por este presunto responsable, en el que luego de transcribir la parte resolutive pasa a pronunciarse sobre el incumplimiento que se le reclama, para ello, transcribe el objeto del contrato y las actividades que hacían parte del mismo; advirtiendo que se ha cuestionado por este ente de control la ausencia de registro documental de las acciones que permitieran la verificación de su cumplimiento.

Indica que el despacho acoge los preceptos de la contratación pública, pero asegura que no se menciona ninguna ley o regulación que se haya violado al no haber sido diligente en guardar registros minuciosos de las actividades y en su criterio, tal ley no existe; afirma que en el fallo no se hace referencia a apropiación, desviación o pérdida de recursos.

Debe advertirse que en virtud del principio *Pacta sunt servanda*, tanto el ámbito público reglado por la Ley 80 de 1993 y las normas que la adicionan y complementan, como en el régimen privado, el contrato es ley para las partes, principio que se encuentra prescrito para los contratos que se rigen por el este último, en el artículo 1602 del Código Civil, que a la letra reza:

“Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

²¹ 20240103 RECURSOREPOSICIONALFALLO RIVERO 2024ER0000388 PRF 1081

En tal sentido, es el mismo contrato el que traza los derroteros en este caso concreto, para poder establecer las obligaciones a cargo de las partes, las cuales, de alguna manera debían quedar registradas y para el caso *sub examine*, se ha tenido como evidencia de lo ejecutado, los mismos informes presentados por CITE a CREATIC, en los cuales se plasmaron las actividades desarrolladas con los recursos de regalías y es precisamente este material probatorio que el responsabilizado asegura que no ha sido valorado, el que entregan la información que la ha permitido al despacho arribar a las conclusiones del incumplimiento, tal como se indicó en el fallo y como se analizará a profundidad más adelante.

En cuanto a la apropiación, desviación o pérdida de los recursos públicos, a lo largo del proceso no se ha indicado que CITE se haya apropiado de los recursos del convenio, lo que se ha cuestionado es que esta entidad no haya cumplido el objeto del contrato en los términos pactados, pues como tantas veces se ha insistido, el negocio jurídico cuestionado, tal como en el mismo se consignó, tenía como norte la ejecución de la actividad A.3.3.P.2 del proyecto marco, que correspondía clara y específicamente a PARTICIPACION EN FERIAS, con el único objetivo de lograr el acercamiento de los emprendedores a potenciales clientes y que debía ejecutarse con tres actividades igualmente claras como era i) Definición de procesos de asignación de apoyo a ferias y ii) Operación de procesos de asignación de apoyo a ferias, las que no se cumplieron con la participación de funcionarios del Clúster a los eventos, pues como reiteradamente se ha indicado, estos no eran los dueños de los emprendimientos y no eran estos los que se buscaba acercar a potenciales clientes.

De cara a la actividad iii) Gestión de actividades de carácter logístico y administrativo, es evidente que hubo gestión pues hubo participación en ferias y eventos, pero como en los casos anteriores, no encuentra justificación el despacho de los gastos en los que se incurrió pues los mismos no estaban relacionados con el objeto del contrato.

Volviendo al escrito de impugnación, conceptúa el interviniente, que no se valoraron las declaraciones de los emprendedores como Carlos Molano y Heidy Pabón, de haberse hecho, asegura se habría derivado la importancia de los eventos y deja sentado que para empresas como CREAMAZON SOFTWARE, quien actualmente está posicionada nacional e internacionalmente, gracias a estos eventos pudieron fundamentar sus procesos de emprendimiento, lo que en su parecer, omite el despacho.

De cara a estas actividades, arguye que gran parte de ellas se ejecutaban escuchando y atendiendo a los emprendedores y personas que se encontraban dentro del ecosistema de Ciencia, Tecnología e Innovación; indica que sus actividades no se delegaron a los beneficiarios, sino que era necesaria una estrategia bajo la cual se investigaba en los eventos a participar en la ejecución contractual, pues hubiese resultado un desgaste iniciar de cero, cuando los mismos beneficiarios ya contaban con experiencia.

Asegura que la empresa que representó si fundamentó el cumplimiento del contrato, por ello solicita evaluar lo siguiente:

“1. Al fallar con responsabilidad en relación con CLUSTER CREATIC se genera una decisión ilógica, como, por ejemplo, criticar el hecho de que como contratista no adelantara directamente la elección de las personas que participarían, cuando claramente mi obligación frente a ello era definir el plan de cómo se haría.

2. Se desconoce de otro lado, que la escogencia no consistía en un procedimiento ultra burocrático al mejor estilo de las entidades públicas, sino más bien se usaba un procedimiento efectivo y célere como que las mismas personas que estaban adelantando los procesos para la consecución de 200 emprendimientos exitosos fueran quienes eligieran los que debían ir.

3. Insisto de manera vehemente que en ningún momento las obligaciones contractuales me obligan a elegir a quienes concurrirían, pues sin duda, solo me obliga a adelantar el camino más efectivo para tal fin, que claramente fue definido como puede extraerse de las declaraciones presentadas a su consideración.

4. Solicito de igual manera reevaluar los dichos sobre la inexistencia de ejecución contractual, o la falta de informes o elementos que permitieran verificar dichos eventos, toda vez que se pasaron por alto directamente elementos de prueba.”

Es de advertir, que no se cuestiona al representante legal de CITE por no haber escogido a los emprendedores que asistirían a las ferias, pues obviamente era el CLUSTER el único que contaba con la información necesaria para el efecto; no obstante, no existe evidencia de que haya presentado el documento en el que definió el plan a seguir para ejecutar la acción, hecho que conllevó a que la contratante tomara decisiones desacertadas, como fue la de beneficiar a sus propios funcionarios con recursos que en virtud del contrato, el convenio marco y proyecto, tenían como destinatarios exclusivos a los emprendedores.

Retornando a los argumentos que se vienen desatando, se hace alusión al análisis que el despacho hizo del material probatorio, en especial del CD No.5 (Folio 24 de 111 Fallo Mixto PRF 2019-01081), no obstante, el mismo presunto responsable transcribe que los documentos que reposan en ese medio magnético corresponden a la vigencia 2016, siendo el contrato investigado del año 2015.

Para el impugnante es evidente que no se valoró dicha información al desconocerse que sí hubo un evento, lo que hace que no se pueda hablar de un daño pleno y pasa a preguntarse lo siguiente:

“¿Cuál es la razón para que se impute la totalidad del valor del contrato con la correspondiente actualización del valor?”

Indica que si bien pudo existir errores en la ejecución del contrato, las que se pueden mejorar, pero de ninguna manera se puede endilgar culpa grave, pues en su criterio el contrato se cumplió e indica que aportó pruebas con las que se puede verificar esa ejecución, las cuales fueron desestimadas por el despacho, lo que le permite concluir que existe una responsabilidad objetiva.

Esboza que no es posible asegurar que un contrato no se ejecutó, cuando se hace referencia a que se presentaron informes por el contratista y transitaron testimonios que verificaron la participación de emprendedores.

Para poder desatar los puntos previamente expuestos por el responsabilizado, debemos recordar que se ha tenido como cierto que efectivamente hubo participación en ferias y eventos, cuya financiación ascendió a la suma de \$138.971.145, pero se ha cuestionado que a las mismas, solo algunos de los participantes fueron emprendedores; en tal orden de ideas y como se indicó en el fallo y como se desprende de los mismos contrato y convenio, la actividad contratada era de medio no de resultado, por el mismo verbo que direccionada la acción, esto PARTICIPACIÓN, el contrato se pactó así²²:

*"Brindar soporte y servicios para actividades de gestión comercial, participación en ruedas de negocio y ferias de distinta índole para el fortalecimiento empresarial de los emprendimientos del Clúster Creativ, en el marco de la actividad A.3.3.P.2, **Participación en Ferias**". (destacado fuera de texto)*

Así las cosas, en los informes y en los testimonios, se ha demostrado que sí hubo participación en las ferias, no obstante, lo que se cuestiona, es que esta participación no solo fue de algunos emprendimientos, sino también de los funcionarios de la contratante, tal como lo indican todos los responsabilizados, por ello, a fin de ser objetivos, este ente de control no puede ser indiferente a que estas participaciones de emprendedores en ferias, en la ejecución del contrato 085-2015 financiado con recursos de regalías, se constituyen dentro del proceso como un hecho cierto y probado, que no puede ser desatendido.

Ahora bien, en el fallo se indicó que se han tenido como dados los siguientes eventos, excluyendo la RUEDA DE NEGOCIOS CAUCA porque no fue organizado por CITE, sino por el Clúster Creativ y la Gobernación del Cauca, es decir, no se trató de una feria o evento externo:

1. ANDICOM: **4 funcionarios de CREATIC** y un emprendedor (Smartsoft Play)
2. FORO MET COMMUNITY: **1 funcionario de CREATIC** y 1 emprendedor (Mujeres TIC)
3. COLOMBIA 3.0: **1 funcionarios de CREATIC** y 9 emprendedores (Vigilax, CeoTIC, Kcumen Digital, Creazione Software, Eteknik, Appisoft, Inteligentemente, SmartSoft Play y Buxtar)
4. EVENTO ALIADOS PEDAGÓGICOS: 1 emprendedor (Racore)
5. CONVOCATORIA PARA FINANCIACIÓN EMPRENDIMIENTOS: **1 funcionario de CREATIC**.
6. SPIN OFF: **1 funcionario de CREATIC**.
7. DNP- MINTIC: **1 funcionario de CREATIC**.

²² H17 SGR2017\2. Documentos contrato 085 de 2015. Pdf: "18. CT_085_2015"

8. FERIA INTERNACIONAL EN CANNES: 1 emprendedor (Smartsoft Play)
9. GIRA DE INCUBACIÓN: **6 funcionarios de CREATIC.**
10. EVENTO CON MINTIC: **2 funcionarios de CREATIC.**
11. UNESCO EN BOGOTÁ: **1 funcionario de CREATIC** y 1 emprendedor (Inteligentemente)
12. ECOSISTEMAS TIC EN SAN FRANCISCO: 4 emprendedores (Smartsoft Play, Somos, Inteligentemente y Ecotecma)

Como se puede apreciar, de los citados eventos, se ha tenido como cierto que la participación fue con recursos del contrato investigado y de ellos, solo en 8 hubo participación de emprendimientos, pese a estop tal situación no se tuvo en cuenta en la decisión de fondo.

De esta manera, se aprecia que hubo 18 participaciones de emprendedores:

- **Smartsoft Play**, asistió a cuatro eventos: ANDICOM a COLOMBIA 3.0, FERIA INTERNACIONAL EN CANNES y ECOSISTEMAS TIC EN SAN FRANCISCO.
- **Mujeres TIC**, asistió a un evento: FORO MET COMMUNITY.
- **CeoTIC** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Kcumen Digital** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Creazione Software** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Eteknik** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Appisoft** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Inteligentemente** a tres eventos: COLOMBIA 3.0, ECOSISTEMAS TIC EN SAN FRANCISCO y UNESCO EN BOGOTÁ
- **Buxtar** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Vigilax** a un evento: COLOMBIA 3.0.
- **Racore** a un evento: EVENTO ALIADOS PEDAGÓGICOS.
- **Ecotecma** a un evento: ECOSISTEMAS TIC EN SAN FRANCISCO.
- **Somos** a un evento: ECOSISTEMAS TIC EN SAN FRANCISCO.

En tal sentido, se ha cuestionado la financiación de 18 funcionarios CREATIC, más no se puede reprochar la financiación de 18 participaciones en este tipo de ferias, pues estas si correspondieron a emprendedores.

En total, con recursos del convenio se financiaron 36 participaciones en ferias y eventos que debieron ser invertidos de manera exclusiva en emprendedores porque así se pactó en el contrato y así se determinó en el proyecto; en tal sentido y a fin de honrar la naturaleza resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal, se considera que se deberá reajustar el valor del detrimento patrimonial, por cuanto estas 18 participaciones de emprendedores en ferias, se traduce en que el 50% del valor del contrato se empleó en el objeto pactado y en los fines del estado vertidos en la actividad; de esta manera, se deberá proporcionar el valor invertido en cada una de las 36 financiaciones, a fin de excluir del detrimento patrimonial los citados 18 empresarios beneficiados, quedando como detrimento patrimonial el valor de la financiación de los 18 funcionarios de CREATIC, por

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 18 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

no ser estos los destinatarios del contrato, de la actividad y mucho menos de los recursos:

Valor del contrato	\$138.971.145
Número de participaciones en ferias	36
Valor promedio por participante	\$ 3.860.310
Valor invertido en 18 emprendedores	\$ 69.485.573
Valor invertido en 19 funcionarios del CLÚSTER	\$ 69.485.573

Así las cosas, se procederá a reponer el fallo en el sentido antes descrito, pero se confirmará la responsabilidad endilgada a este presunto responsable, conforme a lo analizado previamente.

- **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS²³.**

Luego de hacer alusión a la oportunidad del recurso, aclara 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 y a las condiciones contractuales del aseguramiento y deja sentado que el único nexo de los garantes con los asuntos fiscales es por responsabilidad civil.

Entrando en materia propiamente dicha del proceso, en un ítem titulado “A. EL DESPACHO OMITIÓ CONSIDERAR LA AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE MANEJO GLOBAL SECTOR OFICIAL NO. 3000092”, indica que el contrato de seguro solo se podía afectar cuando el siniestro hubiera ocurrido dentro del periodo de vigencia pactado en el seguro y acota que la misma no ofrece cobertura para los hechos materia de la acción fiscal, porque tienen como origen el presunto incumplimiento del contrato No. 085 el cual se liquidó en febrero del año 2016, fecha en la que se reconocieron los valores a pagar por el contratista, en tal orden de ideas, indica que la póliza denominada OCURRENCIA tenía su vigencia comprendida entre el 13 de marzo de 2015 y el 01 de febrero de 2016.

Justifica su postura en la transcripción de apartes de la Circular No.5 del 16 de marzo de 2020, emitida por la Contraloría General de la República.

Es de advertir que el contrato que se cuestiona, no es todo el centro de la situación irregular, pues el mismo se genera en virtud de un convenio marco con el que se financiaron unas actividades específicas del proyecto general, como fue la A.3.3.P.2, la cual debía ejecutarse en el año 2015, es decir, durante la vigencia de la póliza.

De otro lado, esta póliza global de manejo no se está afectando por el contrato 085 del 2015, sino por las omisiones de un servidor público en calidad de supervisor del convenio

²³ 20240110 RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA FALLO PREVISORA 2024ER0003673 PRF 2019-01081

 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 19 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

marco designado por la Gobernación del Cauca, quien con su negligencia y omisiones no evidenció la situación irregular, así las cosas, el daño no se gestó y ocasionó con la liquidación del contrato en comento, sino que las irregularidades se dieron a lo largo de la ejecución de la citada actividad.

Adicionalmente, recordemos que para la ejecución de la citada actividad A.3.3.P.2²⁴ del proyecto, en el citado contrato 085 del 2015 se estableció un plazo de 6 meses entre el 16 de julio del 2015 y el 15 de enero del 2016, por tanto las actividades irregulares se generaron dentro de la vigencia de la póliza, que como el apoderado lo indica, iba del 13 de marzo de 2015 al 01 de febrero de 2016.

Pero como si lo anterior no fuera suficiente para desvirtuar el argumento del apoderado de la aseguradora, los recursos públicos de los que se predica pérdida, fueron pagados dentro de la vigencia de la póliza²⁵:

- COMPROBANTE DE EGRESO CLUSTER - CEC 20150632 del 17 de julio del 2015, en cuantía de \$ 40.000.000.
- COMPROBANTE DE EGRESO CLUSTER - CEC-20150926 del 22 de octubre del 2015, en cuantía de \$ 24.000.000.
- COMPROBANTE DE EGRESO CLUSTER - CEC 20151127 del 17 de diciembre del 2015, en cuantía de \$ 27.999.000.

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que no es de recibo el argumento presentado por el apoderado, respecto de la ausencia de cobertura temporal, pues el daño no se generó en la liquidación del contrato 085 del 2015, sino en su ejecución, máxime si se tiene en cuenta que al momento de liquidarse ya se habían efectuado los pagos, en tal sentido, no es cierto que en este momento contractual se reconocieron los valores a pagar como erradamente lo presenta al apoderado.

En un segundo punto, se asegura en la impugnación que este despacho no tuvo en cuenta la falta de cobertura material de la póliza, descuidando que la misma únicamente ofrece cobertura para servidores públicos del Departamento del Cauca y no para 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, quienes no se encuentran amparados por la póliza.

Indica el libelista, que únicamente los actos del presunto responsable vinculado a este proceso se encuentran amparados y son los del señor HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR

²⁴ H17 SGR2017\2. Documentos contrato 085 de 2015Ver página 4 del PDF: "18. CT_085_2015"

²⁵ H17 SGR2017\3. Comprobantes_Egreso

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 20 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

en calidad de supervisor del convenio 1194-2013; pese a esto descuida la parte que este convenio es la génesis y la razón de ser del contrato 085-2015; no obstante la claridad de lo descrito, en criterio del abogado, respecto del citado negocio jurídico no se logró acreditar conducta dolosa o gravemente culposa, lo cual no tiene sustento pues como se demostró en el fallo, el supervisor responsabilizado no ejerció un adecuado seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico al convenio 1194 de 2013, específicamente a la actividad “A.3.3.P.2. Participación en ferias”, la cual se desarrolló por el CLUSTER CREATIC mediante el contrato No. 085 de 2015, pues limitó su gestión a los informes que este rendía sin ir más allá, contraviniendo los deberes legales propios de la labor encomendada, pese a que en el documento mediante el cual se le comunicó la asignación, se le advirtió que debía ceñirse a lo dispuesto para el efecto en la Ley 80 de 1993, ley 1474 del 2011, ley 1530 de 2012 y decreto 414 del 2013.

Volviendo a lo esbozado por el apoderado indica que de conformidad el artículo 1056 del Código de Comercio, 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, lo cual sustenta en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y pasa a transcribir el amparo que se reclama y la condición VIGÉSIMA TERCERA, que define lo que se entiende por servidor público.

Todo lo anterior, para indicar que si se deriva responsabilidad fiscal por personas que no sean servidores públicos, no puede hacer efectivo el contrato de seguro respecto de estos, que para el caso concreto son Cesar Daniel Samboní, Ricardo Orlando Rivero y Clúster Creativ, porque los únicos amparados son quienes tengan la calidad antes mencionada.

Es de advertir, que esta tesis ya se había planteado por el garante en los argumentos frente a la imputación y fueron debidamente desvirtuados en el fallo, en donde claramente se advirtió que la vinculación de esta aseguradora estaba sustentada en la responsabilidad que le es atribuible al señor **HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR** identificado con C.C. 19.256.160 de Bogotá – D.C., vinculado al proceso porque en su condición de servidor público nombrado en la calidad anotada mediante decreto No. 0202-06-2012 del 13 de junio del 2012 de la Gobernación del Cauca²⁶, fue designado como Supervisor del Convenio 1194-2013 formalmente por la mencionada entidad territorial; es decir, fue un servidor público vinculado para la época de los hechos a la entidad afectada, lo que desvirtúa el argumento de la aseguradora en tal sentido, pues con este responsabilizado se dieron los elementos necesarios para recurrir al amparo.

Prosiguiendo con la impugnación, se presenta un título denominado “EL ENTE DE CONTROL NO TUVO EN CUENTA QUE EN EL PRESENTO ASUNTO OPERÓ EL FENÓMENO PRESCRIPTIVO DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO – ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO”, es de resaltar que este

²⁶ 2Ver documentos que reposan en la carpeta: H17 SGR2017 \5.2. Hernando-Sanchez-Supervisor-Convenio-1194

 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 21 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

argumento que se desató en el fallo porque fue invocado por la aseguradora CONFIANZA y se recurrirá a los mismos, pues es la posición institucional.

Ahora bien, sobre la prescripción del contrato de seguros, debe destacarse que esta figura, conforme a lo reglado en el C.de Co., aplica a la entidad beneficiaria pero no al Órgano de Control, pues esta figura es una institución que castiga la inactividad del acreedor, sin que la Contraloría General de la República pueda tenerse como tal, pues esta Entidad es un tercero calificado que por ministerio de la Constitución y la Ley ha sido autorizado para declarar la responsabilidad fiscal mediante un fallo, el cual se constituye en el siniestro que permite hacer efectivo el contrato de seguro que lo cobija como riesgo.

Por su parte, la aseguradora una vez vinculada al Proceso de Responsabilidad Fiscal en calidad de garante, como parte interesada en el procedimiento debe amoldarse a los plazos pronosticados por la Ley para declarar la responsabilidad fiscal, pues este procedimiento es reglado y está sujeto a que se surtan una serie de actividades que garantizan el debido proceso de todos los intervinientes, procedimiento del que no se puede excluir a los garantes por lo prescrito en el C. de Co., pues prima la ley especial esto es la Ley 610 de 2000 sobre la general consagrada en aquel.

Sobre este argumento de defensa el despacho manifiesta que es cierto que el legislador consideró necesaria la vinculación de las aseguradoras a los procesos de Responsabilidad Fiscal y efectivamente tal situación, no hace que la naturaleza de la responsabilidad derivada del contrato de seguro se desnaturalice, lo que ocurre es que las cláusulas contractuales y las normas del C.de.Co le son aplicables a las partes del negocio jurídico vertido en el contrato de seguro, y la Contraloría no es uno de ellos.

Sería caprichoso negar la existencia de los preceptos contenidos en el C.de Co., respecto de los contratos de seguros y los procedimientos y términos prescritos para hacer efectivas las obligaciones que puedan emanar de ellos, no obstante el precitado estatuto es una norma de carácter general y su existencia y regulación no tiene la capacidad de quitar a la Ley 610 de 2000 el objetivo de lograr el interés público del proceso de responsabilidad fiscal, fin que es exactamente el mismo que motiva la suscripción de pólizas de cumplimiento, es decir, el resarcimiento; pero al no regularse el Proceso de responsabilidad Fiscal en el C. de Co., y al no poderse inferir que en el texto de este último haya una intención de inmiscuirse, interferir, quitar o aporta al régimen legal especial existente para la recuperación de las sumas derivadas de los procesos de responsabilidad fiscal, es evidente que en todo lo que tiene que ver con este asunto, deben aplicarse los preceptos de la mencionada Ley.

Así las cosas y de acuerdo con las reglas de Resolución de antinomias, es dable concluir que la Ley 610 de 2000, como norma especial que regula el procedimiento a surtirse en el proceso de responsabilidad fiscal no se encuentra superada, rebasada, ni sujeta a las normas generales contenidas en Código del Comercio, ni siquiera en asuntos tan especiales como los relacionados con los contratos de seguros, pues no existe en la mencionada Ley de la República, vacío alguno que obligue a recurrir a la interpretación o

aplicación de otras normas generales.

Considera el despacho que una interpretación que reduzca, sujete o acomode los preceptos especiales de la Ley 610 de 2000 a unos generales de cualquier otro cuerpo normativo, gozando aquella de claridad, puede considerarse como una actividad contraria a la Constitución, por cuanto la especificidad de la norma viene dada directamente por los artículos 267 y 268 de la Norma Superior; así entonces, si el Constituyente y el legislador encerraron en un marco especial el Proceso de responsabilidad Fiscal y todos los aspectos que de él se derivan, Vo.Gr., vinculación de los terceros civilmente responsables, ciertamente le ha otorgado un tinte distinto del que se pueden llegar a derivar de otras obligaciones consagradas en las normas generales (C. de Co.).

Respecto de las antinomias, son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que existen, según los cuales *“en virtud de la clásica regla hermenéutica, lex specialis derogat generali (...) las normas especiales deben aplicarse de preferencia a las normas generales”*.

Resulta innegable entonces que la Ley 610 de 2000 es efectivamente una Ley especial que dota a nuestro ordenamiento jurídico de una regulación diferente en lo que tiene que ver con los terceros civilmente responsables en el proceso de responsabilidad fiscal, pues denota una concreción o singularización en la regulación de los supuestos jurídicos en cuanto a los tiempos en los que se desenvuelve la acción fiscal respecto de ellos, es decir, existe una norma que representa una excepción con respecto a otras de alcance más general en este tópico, como las contenidas en el C. de Co.; la generalidad de este y la especialidad aquella (610 de 2000) ofrecen rangos o graduaciones diferentes en su ámbito de regulación, prevaleciendo como consecuencia lógica la norma especial.

En consideración de lo expuesto, 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, pues contrario a lo que considera, es precisamente esta Ley la norma que establece la inaplicación del régimen prescrito en el C. de Co., por ser una norma especial; e independiente de los pronunciamientos que se hayan invocado con anterioridad por parte de este despacho, el análisis arriba ofrecido, a la luz de las jurisprudencias invocadas y los principios aplicados son un sustento lógico y coherente para asegurar que la defensa planteada no está llamada prosperar.

Ahora bien, como si fuera poco lo anterior, debe tenerse en cuenta que, respecto de la prescripción de las pólizas, el concepto emitido por la Contraloría delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la CGR del 13 de junio de 2002, indica bajo los alcances del artículo 1081 del Código de Comercio, en consonancia con las jurisprudencias mencionadas, lo siguiente:

“...Otra excepción al principio general contenido en el artículo 1081 del Código de Comercio es el régimen de prescripción a que están sometidas las pólizas que expiden las compañías



de seguros como garantía de cumplimiento de obligaciones asumidas por particulares frente a entidades públicas. Es así como el Consejo de Estado ha reiterado que para el ejercicio de la acción ejecutiva no tiene aplicación los términos del citado artículo 1081 sino el término de cinco (5) años fijado en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que es el lapso para llevar a cabo la ejecución coactiva, por parte de las entidades públicas, con el fin de hacer efectiva las garantías constituidas mediante pólizas de seguros.

Por lo anterior y de acuerdo a la jurisprudencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el mandamiento ejecutivo debe ser notificado al garante, es decir a la aseguradora antes de cinco (5) años desde la ejecutoria del acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía, pues en este término, debe la administración realizar los actos y gestiones para hacer efectivas sus propias decisiones unilaterales.

Según las mencionadas jurisprudencias, el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía no necesariamente debe expedirse, ni quedar ejecutoriado, dentro de la vigencia de la póliza, pues ha de entenderse que ésta ampara el riesgo, es decir el incumplimiento que ocurra durante su vigencia, esto es hasta el último instante de su plazo, lo cual significa que el reclamo para el pago de la garantía o de la expedición de la Resolución que ordene hacerla efectiva (para el caso de las Contralorías el fallo con responsabilidad fiscal), deban también producirse dentro de este plazo, pues bien pueden tener lugar con posterioridad. Otra interpretación haría nugatorio el derecho a la indemnización a favor de las entidades públicas pues el tiempo que toma la preparación del acto administrativo y la evaluación de los recursos que contra él se interpongan, reducirán sustancialmente el lapso efectivo en que podría operar la garantía.

Por lo tanto el término para la prescripción ordinaria comienza a correr a partir de cuándo el “interesado” (tomador, asegurado o beneficiario y el asegurador) tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo del hecho que da base a la acción no le es aplicable a la Contraloría General de la República para poder ejercer sus funciones de control fiscal y 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 gravemente culposa un daño patrimonial al Estado”.

En conclusión, advirtió la delegada:

“...Los términos del artículo 1081 del Código de Comercio no son aplicables a las Contralorías, existe normatividad especial para efectos de caducidad y prescripción para la acción fiscal según lo dispone el artículo 9 de la Ley 610 de 2000...”

De otro lado, se tiene que los motivos de derecho por los cuales se inaplica el artículo 1081 del C. de Co., respecto de la prescripción de las pólizas son las justificaciones ofrecidas por la Corte Constitucional por vía jurisprudencial, en lo pertinente al fundamento y objetivos de la garantía contractual, Sentencia C-648 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño:

“(...)8. Los actores afirman que el artículo 44 demandado permite a las contralorías embargar a los garantes por el valor total de las pólizas de cumplimiento, las cuales sólo se



prestan para garantizar la responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad fiscal. De esta manera, exceden las facultades asignadas en la Constitución Política, en especial las contempladas en los artículos 267 y 268.

Así mismo, según lo expresado por esta Corporación, el desarrollo de la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de los cometidos estatales requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que por un eventual incumplimiento del contratista puedan afectar a la entidad estatal. Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgar a las entidades públicas contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.

En materia contractual existen dos tipos de garantías, según el objeto, la oportunidad y finalidad con las que se constituyen: las garantías precontractuales para garantizar la seriedad de la oferta y las garantías contractuales, para asegurar los riesgos que puedan afectar el patrimonio público durante la ejecución del contrato estatal. Los riesgos asegurables en la segunda modalidad de garantías son el buen manejo e inversión del anticipo, el cumplimiento de las obligaciones del contrato, las obligaciones laborales de los trabajadores del contratista, el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad civil. Estas garantías son obligatorias en los contratos estatales, salvo las excepciones que señale la Ley.

9. Otro asunto a tener en cuenta son las características del contrato de seguros, el cual se identifica por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de ejecución sucesiva y de carácter indemnizatorio, en cuanto precisamente, del carácter bilateral y oneroso del contrato de seguros surge la obligación para el asegurador de pagar oportunamente la indemnización cuando a ello haya lugar, pues ella hace parte de los compromisos que la empresa aseguradora adquiere en ejercicio de la Autonomía de la voluntad contractual y de la aceptación de los riesgos que ampara y en desarrollo de un objeto lícito que es propio del giro de sus negocios.

En estas circunstancias cuando el legislador dispone que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por contrato o el bien amparado por una póliza.

El derecho de defensa de la compañía de seguros está garantizado en el proceso de responsabilidad fiscal puesto que dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la Autoridad fiscal.

Por consiguiente, la vinculación del asegurador establecido en la norma acusada, además

del interés general y de la finalidad social del Estado que representa, constituye una medida razonable, en ejercicio del amplio margen de configuración legislativa garantizado en estas materias por el artículo 150 de la Carta Política. Atiende los principios de economía procesal y de la función administrativa a que aluden los artículos 29 y 209 de la Constitución. Además, evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra, en atención de los principios que rigen la función administrativa, el resarcimiento oportuno del daño causado al patrimonio público, Así, desde la perspectiva del reparo de constitucionalidad formulado, no hay vulneración de las normas invocadas por los demandantes.

10. En conclusión, las respuestas a los interrogantes arriba planteados son estos: (...) 3. La vinculación de las compañías de seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública (...). (Subrayado fuera de texto).

Por lo anterior, la vinculación de las Compañías de Seguros en los procesos de responsabilidad fiscal representa una medida legislativa como lo concluyó la sentencia anterior; lo cual no significa que invada órbitas de competencia de otras Autoridades que tengan a cargo la determinación de otros tipos de responsabilidad de los servidores o de particulares y mucho menos que se salte o desconozca el orden jurídico con las decisiones que se toman en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Como corolario de lo expuesto, resulta más que evidente que las aseguradoras, bien por lo dispuesto en la Ley 1474 del 2011 o bien por lo reglado en la Ley 610 de 2000, están llamadas a responder, así entonces, independiente de que el legislador haya aclarado el asunto en el estatuto anticorrupción e independiente del criterio de interpretación y aplicación de la Ley en el tiempo, respecto del deber que se pretende imponer a los terceros vinculados al proceso, siempre han estado dados los elementos para llamarlas a responder, por lo que no es posible revocar el fallo impugnado con los argumentos esbozados en los recursos impetrados.

Por último, para que no quede duda que la posición de este despacho se encuentra en el particular a tono con las directrices jurídicas que traza la Oficina Jurídica de este Órgano de Control Fiscal, se procederá a transcribir los apartes más significativos del concepto 80112-EE87065 emitido el 11 noviembre del de 2011, sobre el particular:

“Ahora bien, entendemos que la intención del legislador al expedir el artículo 120 del Estatuto anticorrupción fue zanjar la discusión presentada en torno al término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, luego con la expedición del artículo 120 ya citado, no existe duda sobre el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal, pues se hace una remisión expresa al artículo 9° de la Ley 610 de 2000.

Ha de señalarse que el nombrado artículo 120 de la Ley 1474 no es una norma nueva, sino una interpretación del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, en los términos del artículo 267 de la Constitución política. Lo anterior, habida cuenta que el control fiscal es posterior y selectivo y no podría el Organismo Fiscalizador vincular al proceso de responsabilidad

fiscal a la Compañía aseguradora antes de acaecer el daño al patrimonio público.

Al tenor de lo establecido en el artículo 25 del Código Civil, en el caso presente el legislador quiso aclarar que el término de prescripción del contrato de seguros en materia de responsabilidad fiscal es de cinco (5) años, término que es aplicable antes y después de la vigencia del Estatuto Anticorrupción.

Ahora bien, podría pensarse que se presenta aquí un conflicto de Leyes en el tiempo. Al respecto ha enseñado la jurisprudencia que existe un conflicto de Leyes en el tiempo cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva Ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que éste, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la Ley antigua. Esto es, cuando se trata de simples expectativas, la nueva Ley es de aplicación inmediata.

En el caso que nos ocupa, vemos que se trata de un tema de prescripción y en ese orden, es procedente analizar el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, que señala: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una Ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda a voluntad del prescribiente. Eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la Ley nueva hubiere empezado a regir.”

La Corte Constitucional ha señalado en sentencia C- 398 de 2006, que:

“2). Cuando se produce el conflicto de Leyes en el tiempo: Cuando un hecho tiene nacimiento bajo la Ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la Ley antigua, pero la Ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos. Cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva Ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que éste, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la Ley antigua. Esto es, cuando se trata de simples expectativas, la nueva Ley es de aplicación inmediata.

Indica también la Corporación que para dirimir este conflicto debe acudirse a la Constitución Política, la cual en el artículo 58 establece la irretroactividad de la Ley, pues garantiza los derechos legítimamente adquiridos bajo la Ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho.

Sobre este aspecto, debe señalarse que no hay conflicto de la Ley en el tiempo, pues debe señalarse que la Ley 1474 de 2011 no crea un nuevo término de prescripción de las pólizas de seguros en el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, sino que de conformidad con sus facultades realiza una interpretación del artículo 9° de la Ley 610 de 2000 y entra a aclarar que el término de prescripción de las mismas, es el establecido en el mencionado artículo 9° y no como lo señalan las aseguradoras y el Consejo de Estado en las providencias conocidas.

No considera procedente esta Oficina volver aquí a recabar sobre la especialidad de la Ley 610 de 2000, frente al Código de Comercio, ni tampoco sobre la especialidad del control fiscal, su naturaleza, su rango constitucional entre otros temas, pues los mismos ya fueron

objeto de estudio no sólo en los diversos conceptos proferidos, sino también en nuestra posición institucional en los Tribunales y el Consejo de Estado.

Así las cosas, vemos que el término de prescripción de las pólizas de seguros en el proceso de responsabilidad fiscal siempre ha sido de cinco años, término que generó dudas y que ahora ya no se presentan, toda vez, que el legislador las aclaró.”

Así entonces, bajo ninguna circunstancia, pueden prosperar los argumentos invocados por la defensa de la aseguradora, en tal sentido.

En un cuarto punto se insiste que no se realizó el riesgo asegurado, pues en su parecer no está demostrada la responsabilidad fiscal a cargo de los presuntos responsables y en su criterio, el presente asunto no cuenta con pruebas fehacientes para determinar el acaecimiento del presunto detrimento patrimonial, contrario a ello, considera que se encuentra probada la clara gestión de los investigados, la cual ha estado encaminada a darle cumplimiento a los compromisos adquiridos; respecto de estos argumentos el despacho de entrada asegura, no atienden a la realidad, pues como se ha demostrado a lo largo del proceso y como ha quedado ratificado en el fallo, tanto el daño como la gestión fiscal irregular o las gestiones desplegadas con ocasión de esta, al igual que la calificación de la conducta, se han amparado en pruebas debidamente allegadas al proceso, las cuales no desvirtúa la aseguradora, limitando sus dichos a apreciaciones sin sustento ni fundamento, que no se compadecen con las claras motivaciones y justificaciones ofrecidas por el ente de control dentro de esta investigación.

Seguidamente en un ítem titulado “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.”, indica que el pago está supeditado a la disponibilidad del valor asegurado, que para el FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL se circunscribe a la suma de \$500.000.000, lo cual fue debidamente atendido en el fallo y será reconsiderado en el presente de cara al reajuste del detrimento patrimonial.

En el mismo orden de idas, solicita el apoderado que se tengan en cuenta el deducible pactado, el cual se circunscribe al 15% del valor de la pérdida, para ello transcribe lo dispuesto en el amparo COBERTURA DE MANEJO OFICIAL, pese a esto, tenemos que según la póliza que se analiza los amparos se pactaron de la siguiente manera:

OBJETO DEL SEGURO: MANEJO				
AMPAROS CONTRATADOS				
No. Amparo		Valor Asegurado	AcumVA	Prima
1	COBERTURA DE MANEJO OFICIAL Deducible: 15.00 % SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MIN 0.00 PESOS	500.000.000,00	SI	5.951.904,00
2	DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA	500.000.000,00	NO	0,00
3	FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL	500.000.000,00	NO	0,00
4	DEPOSITOS BANCARIO	0,00	NO	0,00
5	PERSONAL TEMPORAL	0,00	NO	0,00
6	PERSONAL NO IDENTIFICADO	500.000.000,00	NO	0,00
7	CAJA MENOR Deducible: 0.00 % SOBRE EL VALOR DE LA PERDIDA MIN 0.00	0,00	NO	0,00

Vemos como se pactó deducible del amparo Global de Manejo como ítem 1 y de Caja



menor como ítem 7, más no del ítem 3. FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL, por ello, es aplicable la responsabilidad por todo el daño que debe ser resarcido, pues no es cierto que se haya pactado deducible alguno por este amparo el cual cubría hasta \$500.000.000, siendo el daño inferior, puede afectarse totalmente.

Siguiendo con los argumentos de impugnación, se pasa nuevamente a sustentar que en el presente caso no se reúnen los elementos los presupuestos para proferir fallo con responsabilidad fiscal, en razón a que en el plenario no obra prueba que conduzca a la existencia del hecho generador del daño patrimonial, porque en su parecer, 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 necesario concretar una venta para atribuir éxito a una operación, lo cual es cierto, no obstante el hecho generador de daño no se centra en las ventas o en los potenciales clientes contactados, pues como se indicó en el fallo, era una actividad de medio no de resultado.

En consideración a lo esbozado, el daño en el particular no se ha configurado en los términos planteados por la defensa del garante, sino en que los recursos no se emplearon para financiar la participación en ferias de los emprendedores únicamente, sino también en la asistencia en las mismas, de funcionarios de la contratante, pese a que esta tenían otra serie de actividades del proyecto para suplir las necesidades que se han justificado en esta investigación, las que a su vez contaban con recursos distintos.

En razón a lo anterior, no es cierto 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, pues esta última solo tenía como norte a los emprendedores, para Creatic el convenio había dispuesto²⁷ la actividad A.4.1. Fortalecimiento de la incubadora, en el que podía contratar para fortalecimiento de capacidades de los funcionarios del Clúster (A.4.1.P.2), con la que se buscaba, entre otras cosas capacitar personal para el apoyo en la aceleración de emprendimientos, formación de personal para brindar apoyo y aceleración de emprendimientos, Generación de personal propio para el apoyo y aceleración de emprendimientos, consultoría para definir modelo de negocio de la incubadora de empresas y soporte de procesos técnicos internos de las incubadoras de empresas, entre muchas otras.

Como si no fuera suficiente lo anterior, también el proyecto contaba con actividades transversales de administración como lo No. A.5, según las cuales tal componente tenía como objeto apoyar la unidad de gestión del Clúster, la definición de modelos de gestión y operaciones del mismo, pero en específico se financió como actividad una consultoría especializada para crear alianzas con empresas y organizaciones tendientes a fortalecer

²⁷ Ver: "1. Estudios-Previos-Convenio 1194-2013 Parquesoft.pdf" en la ruta: CD FOLIO 11\1. CONVENIO-1194-2013-y-Anexos

el Clúster, para la transferencia de conocimiento, compartir riesgos, etc., actividades que ejecutaron los funcionarios de esta entidad, enviados a los eventos, como lo aseguraron los testigos llamados a declarar dentro del proceso, como se indicó en el fallo y en esta providencia.

Conforme a lo expuesto, pese a que los eventos a los que asistieron los funcionarios del Clúster están relacionados con el ámbito TIC, no es justificación para que los recursos destinados a los emprendedores se invirtieran en la contratista Creatic, como lo presenta la aseguradora.

Indica el apoderado que de la participación en ferias justificada por CITE, se evidencia que participaron los emprendedores por medio de la realización y gestión del contrato en cuestión y que efectivamente se propiciaron espacios de relacionamiento con el entorno empresarial y/o con clientes, lo cual es cierto, al igual que en algunos de los eventos asistieron emprendedores, lo que no se ha desconocido, tanto, que en esta providencia se ha reliquidado el daño en el sentido de reconocer que la mitad de la inversión tiene justificación, pues 18 participaciones correspondieron a emprendimientos.

Posteriormente se hace alusión a las metas que el despacho reclama de la participación en ferias, las cuales se circunscriben no a los clientes adquiridos en ellas por parte de las empresas incubadas, sino que lo buscado por el despacho como tal es la participación misma, la cual de cara a la inversión hecha por CITE solo se limitó al valor del 50% del contrato, como ya se analizó.

Superado el argumento anterior, indica el apoderado impugnante que no se reúnen los elementos de la responsabilidad fiscal por inexistencia de culpa grave y/o dolo en cabeza de los presuntos responsables, posición que justifica en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000 y en la sentencia C-619 de 2002 de la cual transcribe algunos apartes, para luego hacer alusión a los artículos 63 del Código Civil y 118 de la Ley 1474 del 2011 los que no escatima en transcribir y así concluir 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, infortunadamente este argumento solo se sustenta en generalidades que impiden al despacho reconsiderar la verdadera valoración probatoria de los presupuestos concretos que se ha ofrecido en el fallo impugnado.

En tal orden de ideas, solo queda agregar que la culpabilidad de cada presunto responsable contenida tanto en la imputación como en el fallo impugnado, ha sido personalizada para cada uno de los que se han responsabilizado del detrimento patrimonial, tanto que se ha destinado un ítem para cada uno de ellos, en los que se han presentado a detalle los fundamentos de hecho, de derecho y probatorios en los que se sustenta la decisión de la Gerencia Colegiada y ninguno de tales elementos han sido objeto concreto de cuestionamiento por parte del impugnante, solo se ha indicado general y etéreamente que no hay culpa, por ello, nos remitimos al acto impugnado en la valoración que de ella se hace para cada responsable, a efectos de demostrar que este

 CONTRALORÍA <small>GENERAL DE LA REPÚBLICA</small> <i>Defender juntos los recursos públicos ¡Tiene Sentido!</i>		AUTO N°: 066
		FECHA: 07 DE FEBRERO DE 2024
		Página 30 de 32
AUTO POR EL CUAL SE RESUELVE UN RECURSO EN CONTRA DEL FALLO PRF-2019-01081		

argumento de la aseguradora no está llamado a prosperar.

Teniendo claro que ningún argumento analizado en esta motivación tiene la capacidad de desvirtuar la gestión irregular de los responsabilizados, solo procede confirmar la decisión tomada en contra de cada uno, con la salvedad relacionada con la cuantificación del detrimento, la cual se sustenta en reconocer el valor de los recursos invertidos en la participación en ferias de 18 emprendimientos.

En mérito de lo expuesto, la GERENCIA DEPARTAMENTAL COLEGIADA DE CUACA,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el artículo **PRIMERO** del fallo mixto No. 12 del 21 de diciembre del 2023, proferido dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081, el cual quedará así, conforme a las motivaciones de esta providencia:

*“**PRIMERO.** FALLAR CON RESPONSABILIDAD dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081, por el presunto detrimento causado al patrimonio público por las presuntas irregularidades e incumplimiento del contrato 085-2015 suscrito entre el CLUSTER CREATIC y CITE para ejecutar la actividad A.3.3.P.2 del convenio de cooperación 1194-2013, en cuantía indexada de **SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES pesos (\$69.485.573)** contra de las personas que se pasan a detallar, vinculadas en calidad de presuntas responsables fiscales, de manera solidaria, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000:*

- *CORPORACIÓN DE INCUBACIÓN Y FOMENTO DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA. CORPORACIÓN PARQUESOFT POPAYÁN Y/O CLÚSTER CREATIC. NIT No. 817006005. Ejecutor del Convenio Marco 1194-2013 y contratante en el contrato 085-2015.*
- *CESAR DANIEL SAMBONÍ ADRADA C.C. No. 76.318.367 de Popayán, en calidad de Representante Legal Corporación Clúster Creativ.*
- *HERNANDO SÁNCHEZ ESCOBAR C.C. No. 19.256.160 de Bogotá – D.C., en calidad de Supervisor del Convenio 1194-2013.*
- *RICARDO ORLANDO RIVERO MONTAÑO C.C. No. 10.307.286, en calidad de representante legal de la CORPORACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL – CITE Contratista – contrato 085-2015.”*

SEGUNDO. MODIFICAR el artículo **TERCERO** del fallo mixto No. 12 del 21 de diciembre del 2023, proferido dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081,

el cual quedará así, conforme a las motivaciones de esta providencia:

“TERCERO: *DERIVAR RESPONSABILIDAD dentro del presente proceso de responsabilidad fiscal PRF 2019-01081 en calidad de garantes – terceros civilmente responsables a cargo de las siguientes aseguradoras, en virtud de los contratos de seguro que se detallan para cada una en una cuantía, de manera solidaria por el valor de todo el detrimento patrimonial es decir por la suma de **SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y TRES pesos (\$69.485.573)**, conforme a las motivaciones de esta providencia y a lo dispuesto en los artículos 44 de la Ley 610 de 2000 y artículo 120 de la ley 1474 de 2011:*

- *Compañía Aseguradora de Fianzas — LA CONFIANZA, con NIT No. 860.070.374-9, en virtud de la Póliza No. 30 GU 108628 por el amparo CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO MARCO.*
- *LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, con NIT No. 860.002.400-2, en virtud de la Póliza Manejo Global Sector Oficial No. 3000092 – 2015, por el amparo FALLO CON RESPONSABILIDAD FISCAL.”*

TERCERO. CONFIRMAR en todas sus demás partes el fallo mixto No. 12 del 21 de diciembre del 2023, proferido dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 2019-001081, conforme a las motivaciones de esta providencia.

CUARTO. Por medio de la Secretaría Común se deberá notificar la presente providencia por estado a los presuntos responsables vinculados al proceso, conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 1474 del 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno.

Parágrafo. La publicación del estado se realizará en la página web de la Contraloría General de la República. Los implicados o garantes que requieran copia de la decisión la podrán solicitar a través del correo electrónico responsabilidadfiscalcgr@contraloria.gov.co, con copia dirigida al correo spmellizo@contraloria.gov.co

QUINTO. Una vez notificada esta providencia deberá enviarse el expediente en grado de consulta, forme a lo dispuesto en el artículo sexto del fallo mixto No. 12 del 21 de diciembre del 2023 y a lo ordenado en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO GEMBUEL CHAVACO

Contralor Provincial del Sistema General de Regalías – Ponente



ANA MILENA VALENCIA GUERRA
Directivo Colegiado



GERARDO ALBERTO RAMOS BRAVO
Directivo Colegiado

Proyectó: Sandra Patricia Mellizo Bazante Profesional especializado G.04 (E) 01-02-2024
Revisó: María Fernanda Erazo García- Coordinadora de Gestión G. 02 (E). 02-02-2024
Revisó: Álvaro Emilio Prado Trochez. - Coordinador de Gestión G. 02.

Aprobado en Acta No. 006 del 07 de febrero de 2024