

Señores

**DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL
CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI**

secretariacomun@contraloriacali.gov.co

REFERENCIA: PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL AUTO DE APERTURA No. 1900.27.06.25.079 DEL 24 DE FEBRERO DE 2025

RADICADO: 1900.27.06.25.1791

ENTIDAD AFECTADA: DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI

P. RESPONSABLES: ARGEMIRO CORTES BUITRAGO Y OTROS

TERCERO VINCULADO: MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A Y OTROS

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal adjunto. Encontrándome dentro del término legal, comedidamente procedo a pronunciarme frente al **AUTO No. 1900.27.06.25.079 DEL 24 DE FEBRERO DE 2025 POR MEDIO DEL CUAL SE APERTURA EL PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL No. 1900.27.06.25.1791**, y mediante el cual se vinculó a mi representada en virtud de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, 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. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Objeto de la Investigación Fiscal:

El proceso de responsabilidad fiscal tiene como finalidad investigar presuntas irregularidades en la ejecución del Convenio Interadministrativo No. 4148.010.27.1.056-2023, suscrito entre la Secretaría de Cultura del Distrito Especial de Santiago de Cali y la Corporación de Eventos, Ferias y Espectáculos de Cali – CORFECALI, cuyo objeto era la promoción, ejecución y desarrollo de la 66ª versión de la Feria de Cali, programada del 25 al 30 de diciembre de 2023. Según el ente de control, CORFECALI habría efectuado desembolsos por un valor de \$213.773.808 Pesos M/cte,

destinados a gastos de nómina con recursos provenientes del convenio, a pesar de que dichos pagos no estaban contemplados en las cláusulas contractuales.

En este sentido, por medio del Auto de Apertura No. 1900.27.06.25.079 del 24 de febrero de 2025 se decidió iniciar la actuación procesal que hoy nos ocupa, por el presunto detrimento patrimonial en cuantía de DOSCIENTOS TRECE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE (\$213.773.818), vinculando como presuntos responsables fiscales al señor Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECALI, al señor Brayan Stiven Hurtado Salazar en calidad de Secretario de Cultura y al Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor.

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

Vinculación de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. en calidad de tercero civilmente responsable:

La vinculación de mi representada se efectuó con fundamento en la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074, pactada con una vigencia desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 16 de octubre de 2024 y con una prórroga hasta el 1 de febrero de 2025, y cuyo tomador y asegurado es el Distrito Especial de Santiago de Cali.

Ahora bien, tal y como se explicará de manera detallada a continuación, la Contraloría concedora en este proceso incurrió en un yerro al vincular a mi procurada con base en dicha Póliza de Seguro, por cuanto, existen una serie de fundamentos fácticos y jurídicos que demuestran indefectiblemente que la misma no presta cobertura en el caso concreto. Es por esto, que resulta de suma importancia ponerle de presente al operador fiscal, que actualmente nos encontramos en la etapa procesal pertinente e idónea para desvincular a la compañía aseguradora que represento, razón por la cual, comedida y respetuosamente solicito desde ya **LA DESVINCULACIÓN de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, del proceso de responsabilidad fiscal que actualmente cursa ante su Despacho.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA FRENTE A LA VINCULACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

Antes de referirme a las razones por las cuales la Contraloría General de Santiago de Cali debe desvincular a mi representada en calidad de tercero civilmente responsable, es pertinente precisar que, al momento de proferirse el auto de apertura dentro del presente trámite, se omitió efectuar el estudio de las condiciones particulares y generales del contrato de seguro. En efecto, el operador fiscal no tuvo en cuenta que la póliza incorporada en el expediente no goza de ningún tipo de cobertura, lo cual indudablemente contraviene el artículo 44 de la Ley 610 del 2000, el cual dispone:

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

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

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

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

Ahora, es importante tener en cuenta que para efectuar la vinculación de una compañía de seguros deben tenerse en cuenta y acatarse las directrices planteadas en el instructivo No. 82113-001199 del 19 de junio de 2002, proferido por la Contraloría General de la Republica. Este instructivo regula y aclara el procedimiento de vinculación del asegurador a los Procesos de Responsabilidad Fiscal a que se refiere el artículo 44 de la Ley 610 del 2000.

De este modo, en aquel documento se estableció que, antes de vincular a una aseguradora, deben observarse algunos aspectos fundamentales respecto de la naturaleza del vínculo jurídico concretado en el contrato de seguros correspondiente. Por cuanto de la correcta concepción de esa relación convencional, se puede determinar si se debe o no hacer efectiva la garantía constituida en la póliza.

El citado instructivo emitido con base en la Ley 610 del 2000, precisó las condiciones o requisitos para la procedencia de la vinculación de las aseguradoras a los procesos de responsabilidad fiscal, determinando que:

“(…) 2. Cuando se vinculan...-las aseguradoras- se deben observar las siguientes situaciones:

- a) **Verificar la correspondencia entre la causa que genera el detrimento de tipo fiscal y el riesgo amparado**: Por ejemplo: Si se responsabiliza por sobrecostos en un contrato y la póliza cubre únicamente el cumplimiento y calidad del objeto contratado, no hay lugar a vincularla, por cuanto los sobrecostos no son un riesgo amparado y escapan al objeto del seguro.

- b) **Establecer las condiciones particulares pactadas en el contrato de seguro, tales como vigencia de la póliza, valor asegurado, nombre de los afianzados, existencia de un deducible**, etc., eso para conocer el alcance de la garantía, toda vez que de estas condiciones se desprenderá la viabilidad de la vinculación de la Compañía aseguradora al proceso.

- c) **Examinar el fenómeno de la prescripción**, que, si bien es cierto, por vía del art. 1081 del Código de Comercio, es de dos años la ordinaria y de cinco la extraordinaria (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

En el caso particular, es evidente que el ente de control no efectuó el análisis y estudio de las condiciones pactadas en la Póliza de Seguro No. 1000074, toda vez que, de haberse realizado el respectivo examen, definitivamente la conclusión sería que los hechos objeto de la acción fiscal no se encuentran cubiertos bajo el contrato de seguro documentado en la póliza antes referida.

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

A. INEXISTENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL No. 1000074

En el presente caso, no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, ya que la Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 no ofrece cobertura temporal para los hechos en cuestión, dado que no se cumplieron los requisitos de la modalidad de cobertura pactada, conocida como “descubrimiento”. Esta modalidad, conforme al artículo 4° de la Ley 389 de 1997, establece que la cobertura se circunscribe al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia de la póliza, incluso si los hechos que originaron dichas pérdidas ocurrieron con anterioridad a su inicio, siempre que el tomador, asegurado o beneficiario haya tenido conocimiento del hecho dañoso dentro de la vigencia del contrato.

Entre mi representada y el Distrito Especial de Santiago de Cali se celebró el negocio aseguratorio documentado en Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 1 de febrero de 2025. Al respecto, se debe recordar que en dicho contrato de seguro se concertó una delimitación temporal de la cobertura, llamada “descubrimiento”, con fundamento en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997; esta norma determina que, en el seguro de responsabilidad, la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia del contrato. La respectiva norma establece lo siguiente:

“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. (...)”.

Así mismo, vale la pena mencionar, que este instructivo debe ser interpretado armónicamente con la Circular No 005 proferida por la Contraloría General de la República el 16 de marzo de 2020, la cual fue sumamente clara al puntualizar y exigir el cumplimiento de lo siguiente:

“En aras de brindar mayor claridad frente a la vinculación de las compañías aseguradoras en los procesos de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría General de la República y como parte de la política de prevención del daño antijurídico que ha adoptado la entidad para el presente año, a continuación se resaltan algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos, relacionados con la mencionada vinculación de dichas compañías como garantes dentro de los procesos de responsabilidad fiscal:

- Las compañías de seguros no son gestores fiscales, **por ende, su responsabilidad se limita a la asunción de ciertos riesgos en las condiciones previstas en el contrato de seguros.**

(...)

- **Es importante que, además de identificar la modalidad de cobertura, el operador fiscal verifique los demás elementos de la póliza, como su periodo de prescripción, de retroactividad, las exclusiones que establezca, sus amparos, deducible, valor y de ser posible determinar si la misma ya había sido afectada, lo cual puede afectar la suma asegurada.**

(...)

- **El operador fiscal dentro del ejercicio de verificación antes señalado, debe analizar tanto las condiciones generales como particulares en las cuales se determinan las coberturas y exclusiones de la póliza, vinculando únicamente el valor del amparo al que se refiere el hecho investigado.**

Se considera de la mayor importancia que, en lo sucesivo, se realice el estudio temprano, oportuno e integral de todas las pólizas de seguros que puedan llevar a la declaratoria de responsabilidad civil dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, con el fin de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley 389 de 1997, el Código de Comercio y las cláusulas contractuales de los respectivos contratos de seguros, en armonía con las normas especiales que regulan el proceso de responsabilidad fiscal.” (...) (Énfasis propio).

En ese sentido, el ente de control no podrá pasar por alto que la Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074, cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 1 de febrero de 2025 opera bajo la modalidad de cobertura denominada “descubrimiento”, tal y como se pactó en el respectivo condicionado general así:

“CONDICIÓN PRIMERA. - AMPARO

1.1. PÉRDIDAS POR ACTOS DOLOSOS

SBS SEGUROS AMPARA AL ASEGURADO, CONTRA PÉRDIDAS DE DINERO, VALORES U OTROS BIENES DE SU PROPIEDAD, **QUE SE DESCUBRAN, POR PRIMERA VEZ, DURANTE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA**, COMO CONSECUENCIA DE UNO O MAS ACTOS FRAUDULENTOS O DOLOSOS COMETIDOS POR CUALQUIERA DE SUS EMPLEADOS, YA SEA ACTUANDO POR SI MISMO O EN COMPLICIDAD CON OTRAS PERSONAS SEAN EMPLEADOS O NO DEL ASEGURADO, HASTA UNA CANTIDAD QUE NO EXCEDA AL LIMITE DE RESPONSABILIDAD INDICADO EN EL CUADRO DE DECLARACIONES DE ESTA PÓLIZA...” (Énfasis propio)

En este caso particular, los hechos que son objeto de reproche —esto es, presuntos egresos irregulares por concepto de nómina— habrían tenido lugar entre el 7 y el 31 de diciembre de 2023, fechas correspondientes a los comprobantes de egreso señalados por el ente de control. Sin embargo, el conocimiento formal de los hechos por parte de mi representada se produjo únicamente hasta el 27 de febrero de 2025, fecha en la cual le fue notificado el Auto de Apertura No. 1900.27.06.25.079 de fecha 24 de febrero de 2024.

Por su parte, la vigencia de la Póliza No. 1000074 se extendía desde el 29 de febrero de 2024 hasta el 19 de octubre del mismo año, con una prórroga hasta el 1 de febrero de 2025. Como puede advertirse, el conocimiento del posible hecho dañoso por parte de mi representada **ocurrió**

por fuera del período de vigencia de la póliza, lo cual impide jurídicamente activar la cobertura contratada.

Se concluye, que al no reunirse los presupuestos para que opere la Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074 cuya vigencia corrió desde el 29 de febrero de 2024 al 16 de octubre de 2024 con prórroga hasta el 1 de febrero de 2025, pactada bajo la modalidad de “descubrimiento”, la cual sirvió como sustento para vincular como tercero civilmente responsable a mi prohijada, no surge obligación indemnizatoria alguna a cargo de esta.

B. INEXISTENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL NO. 1000074 FRENTE A LOS FUNCIONARIOS DE LA CORPORACIÓN DE EVENTOS FERIAS Y ESPECTÁCULOS DE CALI - CORFECALI Y DEL FONDO MIXTO DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES DEL VALLE DEL CAUCA

La Póliza de Seguro Modular No. 1000074 mediante la cual se pretende la vinculación de mi prohijada no ofrece cobertura material frente a los presuntos responsables Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECALI y el Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor. Lo anterior, considerando que la entidad asegurada y beneficiaria de la póliza corresponde únicamente al Distrito Especial de Santiago de Cali y a sus funcionarios. Para lo cual es preciso señalar el objeto de la póliza vinculada, que establece:

“AMPARAR LOS RIESGOS QUE IMPLIQUEN MENOSCABO DE LOS FONDOS O BIENES DEL DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI CAUSADOS POR ACCIONES Y OMISIONES DE SUS SERVIDORES, QUE INCURRAN EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O EN ALCANCES FISCALES POR INCUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS, INCLUYENDO EL COSTO DE LA RENDICIÓN O RECONSTRUCCIÓN DE CUENTAS EN CASO DE ABANDONO DEL CARGO O FALLECIMIENTO DEL EMPLEADO O FUNCIONARIO.”

En virtud de lo pactado, la Póliza de Seguro No. 1000074 únicamente se podría afectar en caso de que se encuentre comprobada la responsabilidad fiscal en cabeza del funcionario del Distrito Especial de Santiago de Cali y siempre y cuando se traten de riesgos que impliquen un menoscabo de sus fondos y bienes.

Así mismo se evidencia que los actos del Gerente de la Corporación de Eventos, Ferias y Espectáculos de Cali – CORFECALI y del representante legal del Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca no se encuentran amparados dentro de la póliza, esto teniendo en cuenta que la póliza en cuestión únicamente ampara los actos de los servidores públicos del Distrito Especial de Santiago de Cali, como entidad asegurada, y cuyos cargos se encuentren relacionados en ella, entre los cuales no están el de los presuntos responsables fiscales ya mencionados.

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

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.

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 improbable evento en el que el honorable Despacho encuentre acreditada la existencia de responsabilidad fiscal en cabeza del Gerente de la Corporación de Eventos, Ferias y Espectáculos de Cali – CORFECALI y del Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, no puede pasar por alto que, en el condicionado del contrato de seguro, se acordó expresa y de y talladamente que la póliza en cuestión únicamente presta cobertura para los servidores públicos del Distrito de Cali cuyos cargos se encuentren relacionados en la caratula de la póliza.

En conclusión y recapitulando lo señalado al inicio del presente argumento, es fundamental poner de presente ante el Despacho que la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, por la cual se pretende la vinculación de mi representada no presta cobertura material, pues dentro de la misma no se encuentran amparados los actos de la Gerencia de la Corporación de Eventos, Ferias y Espectáculos de Cali – CORFECALI ni de del Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca. Por lo que, resulta jurídicamente inadmisibles hacer efectivo el contrato de seguro frente a los actos del señor Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECALI y el Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor. De esta forma, indefectiblemente se acredita que la Contraloría General de Santiago de Cali no tiene una alternativa distinta a desvincular a la MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado con el radicado No.1900.27.06.25.1791.

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

C. INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE MAPRFE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA NO REALIZACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS MODULAR COMERCIAL No. 1000074

Sin perjuicio de lo expuesto en el literal anterior, también se debe decir que no existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que no se realizó el riesgo asegurado en la Póliza de Seguro No. 1000074, por cuanto en el expediente ciertamente no está demostrada la responsabilidad fiscal que pretende el 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, ni su conducta dolosa o gravemente culposa.

En este orden de ideas, en concordancia con todo lo referenciado a lo largo del presente escrito, se propone este argumento toda vez que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. no está obligada a responder, de conformidad con las obligaciones expresamente estipuladas y aceptadas por las partes en el contrato de seguro. Así entonces, es necesario señalar que, al tenor de las condiciones generales y suscritas como objeto de la póliza mencionada, se tiene lo siguiente:

"1. Objeto del seguro

Amparar los riesgos que impliquen menoscabo de los fondos o bienes del DISTRITO DE SANTIAGO DE CALI causados por acciones y omisiones de sus servidores, que incurran en delitos contra la administración pública o en alcances fiscales por incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, incluyendo el costo de la rendición o reconstrucción de cuentas en caso de abandono del cargo o fallecimiento del empleado o funcionario. "

De conformidad con lo anterior, se evidencia que el riesgo asegurado en el contrato de seguro en comento no es otro que la responsabilidad de los servidores públicos de acuerdo con la legislación colombiana. Dicho de otro modo, el contrato de seguro entrará a responder, si y solo si se declara responsable a los funcionarios del asegurado, siempre y cuando no se presente una causal de exclusión u otra circunstancia que enerve los efectos jurídicos del contrato de seguro.

De acuerdo con la exposición anterior y teniendo en cuenta lo descrito en el auto de apertura, así como los medios probatorios aportados al plenario, se tiene que el ente de control no acreditó que efectivamente el riesgo asegurado se haya materializado por el concurso de los elementos

propios de la responsabilidad fiscal y, por consiguiente, la presente investigación no está llamada a prosperar. En consecuencia, no se logra estructurar una responsabilidad fiscal en cabeza de los presuntos responsables, esto es, no se realiza el riesgo asegurado como condición *sine qua non* para activar la responsabilidad fiscal que, eventual e hipotéticamente, pudiera corresponder a la aseguradora.

Se concluye, que al no reunirse los supuestos para que se configure la responsabilidad fiscal, claramente no se ha realizado el riesgo asegurado amparado en la póliza 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 presuntos responsables, se debe concluir que tampoco se puede exigir pago alguno a mi procurada, derivado de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074, 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 MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el expediente No. 1900.27.06.25.1791.

D. DE ACREDITARSE UNA CONDUCTA DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES, EN TODO CASO, EL DOLO Y LA CULPA GRAVE COMPORTAN UN RIESGO INASEGURABLE.

Partiendo de la base que para que se reúnan los elementos configurativos de la responsabilidad fiscal es necesario que se demuestre fehacientemente el dolo o la culpa grave en la conducta de los gestores, resulta fundamental ponerle de presente al órgano de control fiscal que, aun en el improbable evento en el que se encuentre acreditada una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza del señor Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECALI, del señor Brayan Stiven Hurtado Salazar en calidad de Secretario de Cultura y/o del Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor, la Compañía Aseguradora no está llamada a responder patrimonialmente.

En este sentido, es de suma importancia explicar que el artículo 1055 del Código de Comercio contiene una disposición de ineficacia en el marco de las reglamentaciones que rodean a los contratos de seguro. Dicha normativa, establece expresamente que las actuaciones dolosas o

gravemente culposas comportan riesgos inasegurables, por lo que cualquier pacto en contrario será ineficaz de pleno derecho. El tenor literal de dicha norma puntualiza:

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

Por esta razón, en el evento en el que se considere que la actuación de los presuntos responsables sí se enmarcan dentro del dolo o la culpa grave, es claro que no se podrá ordenar hacer efectiva la Póliza de Seguro No. 1000074, por cuanto dichos riesgos no son asegurables.

En consecuencia, aun ante esta remota circunstancia, el órgano de control fiscal no tiene una alternativa diferente que desvincular a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** del proceso de responsabilidad fiscal identificado bajo el expediente No. 1900.27.06.25.1791 por cuanto, es claro que el dolo y la culpa grave representan hechos no cubiertos ni amparados.

E. EXCLUSIONES DE AMPARO CONCERTADAS EN LA PÓLIZA DE SEGURO MODULAR COMERCIAL No. 1000074

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

“Lo anterior, se reitera, en la medida en que si bien desde la perspectiva de la normativa aplicable se cumplieron las condiciones generales de la póliza de seguros para que Seguros del Estado S.A. respondiera por el daño atribuido a la I.P.S. Universitaria de Antioquia, el juez en la valoración probatoria debió revisar si en el caso bajo examen se configuraba alguna de

las exclusiones de responsabilidad fijadas contractualmente, en los términos señalados en el numeral 29 del referido contrato de seguro”².

Así las cosas, se evidencia cómo por parte del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se exhorta a los Jueces para tener en cuenta en sus providencias las exclusiones contenidas en los Contratos de Seguro. Razón por la cual, es menester señalar que la Póliza de Seguro No. 1000074 señala una serie de exclusiones, las cuales solicito aplicar expresamente al caso concreto, si se llegaren a probar dentro del proceso. Como las siguientes:

CONDICIÓN SEGUNDA. - EXCLUSIONES

ESTA PÓLIZA NO CUBRE PERDIDAS:

2.1 NO DESCUBIERTAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA PRESENTE PÓLIZA Y AQUELLAS OCURRIDAS ANTES DE LA FECHA DE INDICACIÓN DEL AMPARO RETROACTIVO, SEÑALADA EN EL “CUADRO DE DECLARACIONES” DE LA MISMA.

(...)

2.3. PROVENIENTES DE CUALQUIER CIRCUNSTANCIA U OCURRENCIA CONOCIDA POR EL ASEGURADO ANTES DEL COMIENZO DE LA PÓLIZA Y NO INFORMADA POR EL A SBS SEGUROS ANTES DE LA FECHA AY HORA DE INICIACIÓN DE LA MISMA.

2.4. CAUSADAS POR CUALQUIER ACTO INTENCIONAL O DOLOSO DEL ASEGURADO. TRATÁNDOSE DE PERSONAS JURÍDICAS LAS PÉRDIDAS O DAÑOS CAUSADOS POR LOS SOCIOS, LA JUNTA DIRECTIVA O LOS REPRESENTANTES LEGALES.”

En conclusión, bajo la anterior premisa, en caso de configurarse alguna de las exclusiones señaladas o las que constan en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 éstas deberán ser aplicadas y deberán dársele los efectos señalados por la jurisprudencia. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad en cabeza del Asegurador como quiera que se convino libre y expresamente que tal riesgo no estaba asegurado.

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejera ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez de fecha 27 de mayo de 2020

F. LA OBLIGACIÓN DE MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. SE LIMITA AL PORCENTAJE QUE LE CORRESPONDE DE ACUERDO CON EL COASEGURO PACTADO – INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LAS COASEGURADORAS.

La Póliza de Seguro No. 1000074, tomada por el Distrito Especial de Santiago de Cali, y que sirvió como fundamento para la vinculación de mi representada al proceso de Responsabilidad Fiscal No. 1900.27.06.25.1791, fue suscrita bajo la figura de COASEGURO, esto es, pactándose la distribución del riesgo entre las compañías así: SBS SEGUROS COLOMBIA con el 17%, ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA E.C. con el 32%, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. con el 20%, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS con el 12% y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. con el 19%**.

En esa medida, al existir un coaseguro entre las mencionadas aseguradoras y mí representada, en el improbable caso de que se emita un fallo con responsabilidad fiscal, deberá tenerse en cuenta que, al no existir solidaridad entre las compañías aseguradoras, cada una deberá responder de acuerdo al porcentaje pactado.

Lo anterior, tiene fundamento en el artículo 1092 y 1095 del Código de Comercio, el cual establece referente al Coaseguro, lo pertinente:

“Artículo 1092: En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad.

Artículo 1095: Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”.

Dada la figura del coaseguro y de conformidad con lo anterior, la responsabilidad de cada una de las coaseguradoras está limitada al porcentaje antes indicado, ya que no existe solidaridad entre ellas. En concordancia con lo señalado en Sentencia del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2022, que reza:

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

Igualmente, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha indicado que:

“La jurisprudencia ha reconocido que en casos de coaseguro se responde en proporción a la cuantía que se asumió, sobre todo en el caso en que ello se pacte expresamente. De hecho, ha indicado que en casos de coaseguro el riesgo, entonces, es dividido en el número de coaseguradores que participan del contrato, en las proporciones que entre ellos dispongan, sin que se predique solidaridad entre ellos”³

Atendiendo a lo establecido en el Código de Comercio, se concluye que ni siquiera en el improbable caso de que se acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal podría condenarse en su totalidad a mí representada, por lo que les corresponde a las otras coaseguradoras soportar la eventual indemnización en proporción al porcentaje asumido.

G. EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO PACTADO EN LA PÓLIZA DE SEGUROS MODULAR COMERCIAL No. 1000074, ASUMIDO POR MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.

En gracia de discusión, sin que implique reconocimiento de responsabilidad, y con la aclaración realizada sobre la inexistencia de cobertura del contrato de seguro, debe destacarse que la eventual obligación de mi procurada se circunscribe en proporción al límite de la cobertura para los eventos asegurables y amparados por el contrato. En el caso en concreto para la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 100074, se estableció el siguiente límite:

AMPAROS Y COBERTURAS			
DESCRIPCION		SUMA ASEGURABLE	
DINEROS Y TITULOS VALORES		\$	1.000.000.000.00
COBERTURAS	VALOR ASEGURABLE	VALOR ASEGURADO	SUBLIMITE
(1119) MANEJO	\$ 1.000.000.000.00	\$ 1.000.000.000.00	\$ 0.00

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2021, Exp. 54460

Como se puede observar el amparo de “MANEJO” se pactó con un valor asegurado de MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000), el cual se encuentra sujeto a la disponibilidad de la suma asegurada, pues se resalta que la ocurrencia de varios siniestros durante la vigencia de la póliza va agotando la suma asegurada, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta la misma en el remoto evento de proferir fallo con responsabilidad fiscal.

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

Conforme a lo explicado anteriormente, dada la figura del coaseguro y la inexistencia de solidaridad entre las coaseguradoras, es indispensable que se tenga en cuenta en el remoto evento de proferir fallo condenatorio en contra del funcionario asegurado, el valor asegurado disponible y a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia, el cual corresponde a la suma de \$190.000.000 Pesos M/cte. De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, sin excepción y sin perjuicio del carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Por todo lo anterior, comedidamente le solicito al operador fiscal tomar en consideración que, sin perjuicio que en el caso bajo análisis no se ha realizado el riesgo asegurado, y que el contrato de seguro no presta 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.

H. DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO

Sin que con el planteamiento de esta excepción se esté aceptando responsabilidad alguna por parte de mi representada, es pertinente manifestar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1111 del Código de Comercio, el valor asegurado de una póliza se reducirá conforme a los siniestros presentados y a los pagos realizados por la aseguradora, por tanto, a medida que se presenten más reclamaciones por personas con igual o mayor derecho y respecto a los mismo

hechos, dicho valor se disminuirá en esos importes, siendo que, si para la fecha del fallo y ante una condena, se ha agotado totalmente el valor asegurado, no habrá lugar a obligación indemnizatoria por parte de mi prohijada.

I. SUBROGACIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que en el evento que MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. realice algún pago en virtud de un amparo de la póliza, la compañía tiene derecho a subrogar hasta la concurrencia de la suma indemnizada, en todos los derechos y acciones del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Lo anterior, en virtud del mismo condicionado de la póliza y en concordancia con el artículo 1096 del C.Co.

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

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

“ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.”

Al respecto, frente a los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado mediante sentencia del 22 de febrero de 2018, expediente 2108483, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro, se ha manifestado en los mismos términos que se han venido desarrollando, como a continuación se expone:

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

En este sentido, a continuación, se argumentarán las razones por las cuales en el caso bajo estudio no se encuentran demostrados, siquiera sumariamente, la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal, en particular el daño patrimonial al Estado y el dolo o culpa grave en la conducta del gestor fiscal. En consecuencia, el honorable Despacho no tendrá una alternativa diferente que archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado No. 1900.27.06.25.1791.

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

El ente de control señala que los señores Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECALI y Brayan Stiven Hurtado Salazar en calidad de Secretario de Cultura y el Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor, son los posibles autores de las irregularidades encontradas en la ejecución del convenio interadministrativo No. 4148.010.27.1.056 de 2023. Lo que causó un detrimento patrimonial por el valor de **DOSCIENTOS TRECE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE (\$213.773.818)**. Sin embargo, dicha acusación no radica en un análisis profundo frente a los supuestos hechos y presuntas conductas que generaron la presente investigación y que concluyeron en la existencia de un aparente detrimento patrimonial.

Al respecto la Ley 610 del 2000 reguló lo atinente al daño, en su artículo 6º indicó lo siguiente:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional

y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”.

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

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado que realice gestión fiscal. Y que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

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

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

En el acápite de consideraciones del auto de apertura se hace referencia a lo manifestado por el equipo auditor en el informe a la “AUDITORÍA INTERSECTORIAL DE CUMPLIMIENTO - AC A LA EVALUACIÓN DE LOS CONVENIOS Y CONTRATOS REALIZADOS PARA LA

CELEBRACIÓN DE LOS EVENTOS DE LA FERIA DE CALI VERSIÓN 66. VIGENCIA 2023”. Sin embargo, no se menciona específicamente cuáles fueron las conductas u omisiones dolosas o gravemente culposas de los funcionarios vinculados al proceso que hacen presumir su responsabilidad, así como tampoco se hace un análisis detallado de los hechos ni pruebas que soportan la actuación.

Es preciso señalar que el aspecto central de la investigación fiscal radica en una simple afirmación carente de fundamento, al uso de recursos del convenio No. 4148.010.27.1.056-2023 para realizar pagos de obligaciones contraídas en el convenio No. 4148.010.27.1.041-2023. Sin embargo, se destaca que, en ningún momento, se ha hecho referencia concreta a la existencia de alguna conducta dolosa, gravemente culposa u omisión que represente la materialización del daño.

Así las cosas, en la medida que en el caso objeto de estudio se parte de especulaciones que no acreditan el verdadero acontecimiento de un hecho u omisión que dé origen a una responsabilidad fiscal, y mucho menos la existencia de un detrimento del erario por parte del vinculado, no queda otra opción que archivar la presente investigación.

B. EN EL PRESENTE CASO NO SE REÚNEN LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL POR INEXISTENCIA DE CULPA GRAVE Y/O DOLO EN CABEZA DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES.

Frente a este argumento es necesario señalar que, de conformidad con los elementos de prueba allegados al proceso, se evidencia que hubo una gestión diligente por parte de la SECRETARIA DE CULTURA DEL DISTRITO ESPECIAL DE SANTIAGO DE CALI, CORFECALI y el FONDO MIXTO DE PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES DEL VALLE DEL CAUCA, en el desarrollo del objeto principal del convenio interadministrativo No. 4148.010.27.1.056-2023. En efecto no se observa ni mucho menos se demuestra que lo endilgado por la Contraloría General de Santiago de Cali con respecto al presunto detrimento patrimonial sea como consecuencia de dolo o culpa grave de los presuntos responsables fiscales.

En este punto es de suma importancia ponerle de presente al operador fiscal que, en cuanto la conducta dolosa o culposa atribuible a los gestores fiscales, 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.⁴

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En otras palabras, la Corte Constitucional fue completamente clara en su sentencia al establecer que el primero de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal única y exclusivamente se cumplirá en el evento que el patrón de conducta del gestor fiscal sea aquél que se enmarque dentro del dolo o de la culpa grave. Lo anterior, a su vez genera indefectiblemente que para que pueda 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 del presunto responsable fiscal, 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.

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

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

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, **es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.** Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.”

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

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

“Con esa orientación es que autorizados doctrinantes han precisado que la culpa grave comporta **‘una negligencia, imprudencia o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la**

⁴ Corte Constitucional, C-619-2002, MP. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Córdoba Triviño.

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).⁵

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)

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia definió el concepto de dolo, tal y como se evidencia a continuación:

“[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa (...)” (subrayado y negrilla fuera del texto original)⁶

En otras palabras, para endilgarles responsabilidad fiscal a los presuntos responsables, 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.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que, conforme a los elementos de prueba obrantes en el expediente, se advierte que tanto la Secretaría de Cultura del Distrito Especial de Santiago de Cali, como la Corporación de Eventos, Ferias y Espectáculos de Cali – CORFECALI, y el Fondo Mixto para la Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, actuaron de manera

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014. Mp. Ruth Marina Diaz Rueda. Exp. 11001-3103-015-2008-00102-01

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 2012. Mp Fernando Giraldo Gutiérrez, EXP 0500131030082005-00425-01

diligente y conforme a sus competencias en el desarrollo y ejecución del objeto principal del Convenio Interadministrativo No. 4148.010.27.1.056-2023.

Del análisis probatorio no se desprende evidencia que permita afirmar que las actuaciones de los presuntos responsables fiscales hayan estado guiadas por dolo o culpa grave, elementos subjetivos indispensables para la configuración de responsabilidad fiscal. Muy por el contrario, se observa una gestión orientada al cumplimiento de los fines del convenio, en especial la promoción, ejecución y desarrollo de la 66ª versión de la Feria de Cali, conforme a los parámetros establecidos contractualmente.

Así las cosas, en ningún escenario la conducta de los investigados 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 el archivo del proceso.

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

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

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

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

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

- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;
- e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

Frente a lo anterior ha de decirse desde ahora que no cabe en este caso la presunción de dolo o culpa grave, ni tampoco hay prueba de esos elementos subjetivos pero esenciales para la posibilidad de que surja una responsabilidad fiscal. En este orden de cosas, claro resulta que ante la inexistencia de cualquier elemento probatorio que dé cuenta de una condena penal o sanción disciplinaria impuesta 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*.

En conclusión, es claro que de ninguna manera puede endilgarse una actuación dolosa o gravemente culposa a los presuntos responsables. Sin embargo, si por alguna razón el órgano de control llega a considerar que su actuación contiene elementos subjetivos que comportan la culpa, resulta fundamental que tenga en cuenta, que aún en ese improbable evento, dicho elemento de ninguna forma puede ser catalogado como gravemente culposo o doloso. En consecuencia, al faltar el elemento de la culpa grave y/o dolo en el patrón de conducta del

implicado, es jurídicamente improcedente una declaratoria de responsabilidad fiscal de esta naturaleza.

Por esta razón, ante la inexistencia de una conducta dolosa o gravemente culposa en cabeza los señores Argemiro Cortes Buitrago en calidad de Gerente de CORFECAL y Brayan Stiven Hurtado Salazar en calidad de Secretario de Cultura y el Fondo Mixto de Promoción de la Cultura y las Artes del Valle del Cauca, representada legalmente por la señora María Clemencia Ramírez, en calidad de contratista interventor, 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 *sine qua non* para que se estructure la responsabilidad. Por lo cual, resulta jurídicamente improcedente proferir auto de imputación en este proceso, no quedando otro camino que archivarlo.

IV. PETICIONES

A. Comedidamente, solicito se **DESESTIME** la declaratoria de responsabilidad fiscal en contra de los presuntos responsables, y consecuentemente se **ORDENE EL ARCHIVO** del proceso identificado con el radicado No. 1900.27.06.25.1791, que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI** por cuanto 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 los vinculados, ni un daño causado al patrimonio de la administración pública.

B. Consecuentemente, solicito se **ORDENE LA DESVINCULACIÓN** de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** como tercero garante, ya que existen una diversidad de argumentos fácticos y jurídicos que demuestran, efectivamente, que la Póliza de Seguros Modular Comercial No. 1000074 no presta cobertura para los hechos objeto del proceso identificado con el radicado No. 1900.27.06.25.1791 que cursa actualmente en la **CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI**.

Subsidiariamente:

C. Que en el improbable y remoto evento en el que se declare como tercero civilmente responsable a mi representada, pese a que es indiscutible que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para ello, comedidamente solicito que se tenga en cuenta el límite del valor

asegurado, el coaseguro y la disponibilidad del valor asegurado. Todo ello, pactado en la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074.

V. MEDIOS DE PRUEBA

1. DOCUMENTALES

- Copia de la Póliza de Seguro Modular Comercial No. 1000074 con su condicionado particular y general.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A, documento en el que se constata que el suscrito ostenta la calidad de apoderado general de la compañía.

2. OFICIO

- Respetuosamente solicito se oficie a la aseguradora líder, SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. con el fin de que con destino a este proceso remita la certificación de la disponibilidad del valor asegurado en la Póliza de Seguros de Modular Comercial No. 1000074.

VI. NOTIFICACIONES

A mi mandante y al suscrito, en la Avenida 6A Bis No. 35N-100, Centro Empresarial Chipichape, Oficina 212 de la ciudad de Cali. Email: notificaciones@gha.com.co

Del Señor Contralor,

Atentamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No 19.395.114 expedida de Bogotá.

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