

DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

Santiago de Cali, 21 de diciembre de 2023

AUTO N°134
POR EL CUAL SE RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN
CONTRA AUTO QUE NIEGA NULIDAD Y DECRETO DE PRUEBAS
EXPEDIENTE SOIF-087-2016

REFERENCIA

RADICACIÓN N°:	SOIF-087-2016
ENTIDAD AFECTADA:	E.S.E. HOSPITAL PILOTO JAMUNDÍ identificada con el Nit No. 890.306.950
PRESUNTOS RESPONSABLES	1. JAIME HERNÁNDEZ VÁSQUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.210.453, en calidad de Gerente del E.S.E. HOSPITAL PILOTO JAMUNDÍ IDENTIFICADA CON EL N.I.T.890.306.950 para la época de los hechos. 2. SERGIO OROZCO ARENAS, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.130.637.713, en calidad de Representante Legal del Consorcio Construcciones 2015 3. CONSORCIO CONSTRUCTORES 2015, identificado con Nit N° 900.857.022-5, en calidad de Contratista. 4. JOSÉ MARÍA MARMOLEJO MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.988.502 expedida en Cali – Valle, representante legal de la compañía CONSULITER INGENIERIA S.A.S., en calidad de interventor. 5. CONSULINTER INGENIERIA SAS, con Nit N° 900.448.719-5, entidad que realizó la interventoría al contrato de obra pública N° 021.010.06-2015 6. DIEGO ALBERTO GALARZA CERÓN, identificado con la cédula de ciudadanía N° 76.328.741 en calidad de secretario de Infraestructura Física, y Supervisor de la obra.
GARANTE:	Compañía de seguros LIBERTY SEGUROS S.A. identificada con NIT N° 860039988-0, con la siguiente póliza de seguro:



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

	Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales N° 2526644, siendo tomador y afianzado: EL CONSORCIO CONSTRUCTORES 2015 y asegurado y beneficiario: la E.S.E HOSPITAL PILOTO DE JAMUNDÍ – VALLE, con vigencia desde 2015-06-10 hasta 2020-06-09, en cuyos amparos se encuentra "Cumplimiento del contrato" con valor asegurado de \$ 279.678.461 y "Estabilidad de la obra" con valor asegurado de \$ 279.678.461 folio 369 Compañía de seguros gerenciales SURAMERICANA S.A., identificada con NIT N° 811036875, con la siguiente póliza de seguro: Póliza de manejo de particulares No 0027456-2, siendo tomador, asegurado y beneficiario la ESE HOSPITAL PILOTO DE JAMUNDI – VALLE, con vigencia desde el 15 de julio de 2014 hasta 15-07-2015, cuyo amparo básico es "Amparar a los organismos y entidades estatales contra los riesgos que impliquen menoscabos de fondos y bienes causados por sus servidores públicos o por sus empleados en el ejercicio de los cargos amparados, por actos u omisiones que se tipifiquen como delitos contra la administración pública o fallos con responsabilidad fiscal"
CUANTÍA DEL DAÑO INDEXADA:	OCHOCIENTOS DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$816.705.440).

I. COMPETENCIA

La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en la Ordenanza 122 de agosto 14 de 2001 y por el Manual de Funciones y de Requisitos de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, es competente para resolver el Recurso de Apelación.

Con fundamento en las normas citadas en precedencia, se procede a resolver el Recurso de Apelación interpuesto contra el auto 640 del 4-12-2023, el cual resuelve solicitud de pruebas por parte de Luis Mario Duque, apoderado de José María Marmolejo Mendoza, dentro del expediente SOIF-087-2016 proferido por la Subdirección Operativa de Investigaciones Fiscales

II. ANTECEDENTES

La presente investigación surge como resultado del traslado del hallazgo con radicado CACCI 687 del 4-10-2016, realizado por el Director Operativo de Control Fiscal como resultado de la auditoria con enfoque integral practicada a la E.S.E HOSPITAL PILOTO JAMUNDI.

Con Auto 030 del 29-01-2020, se dio apertura al proceso, mediante auto 303 del 18-05-2023, se imputó responsabilidad fiscal y con el auto 536 del 12-10-2023, se profirió fallo con responsabilidad fiscal.

DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

Dentro del recurso de reposición y subsidio apelación al fallo con responsabilidad fiscal, se solicitó pruebas por **LUIS MARIO DUQUE**, apoderado de **JOSE MARÍA MARMOLEJO MENDOZA** representante legal de **CONSULITER INGENIERÍA S.A.S**; **CONSORCIO CONSTRUCCIONES 2015** solicitud resuelta mediante Auto 640 del 4 de diciembre de 2023, en el cual se negó parcialmente, contra dicho auto se interpuso recurso de reposición y subsidio apelación.

El recurso de reposición interpuesto contra el Auto 640 del 4 de diciembre de 2023, fue resuelto con Auto 670 del 18 de diciembre de 2023, en el cual se concedió la apelación.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

El Equipo de la Contraloría Departamental del Valle del Cauca estableció la existencia de un presunto detrimento patrimonial al Estado, causado a las arcas del Hospital Piloto de Jamundí y que se sustrae de la siguiente manera:

El hallazgo fiscal No. 5, enuncia taxativamente lo siguiente:
(...)

"e. Redacción del Hallazgo:

El contrato de obra pública No. 021.010.06-2015 del 10 de junio de 2015, que tiene por objeto "Realizar la remodelación y adecuación funcional del área de urgencias y rayos X de la E.S.E Hospital Piloto de Jamundí" por un valor de \$932.261.536, presenta las siguientes inconsistencias: Fase de ejecución: el municipio de Jamundí no ha cumplido con la cláusula tercera - Desembolso de aportes del Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 34-15-02-102 del 10 de febrero de 2015 suscrito entre el municipio de Jamundí - Valle del Cauca y el Hospital Piloto de Jamundí E.S.E, dado que solo ha desembolsado el cincuenta por ciento (50%) del valor total del convenio, es decir \$500.000.000 afectando el buen desarrollo del Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 34-15-02-102 del 10 de febrero de 2015 e impidiendo la ejecución total del Contrato de Obra 021.010.06-2015; según análisis del acta de entrega y recibo final de obra suscrita el 22 de abril de 2016 se evidencia un presunto detrimento patrimonial de \$102.595.118 que se presenta por sobre costo en diez (10) actividades constructivas que no están justificadas claramente mediante análisis de precios unitarios y por concepto de diseño arquitectónico y estructural se evidencia un presunto detrimento patrimonial por valor de \$59.937.700, dado que éstos diseños ya habían sido contratados y pagados mediante la orden de servicios No. 021 del 1 de diciembre de 2014. De igual manera se observa que se presentaron cambios frente a los estudios y diseños del proyecto aprobado mediante licencia de construcción en la modalidad de ampliación según Resolución No. 39-49-434 del 15 de julio de 2015, que incidieron en los atrasos de ejecución de la obra por más de 85 días. De acuerdo a los cambios de los diseños no se evidencia los actos administrativos que justifiquen estos cambios.

Lo anterior debido a que el Municipio de Jamundí incumplió la cláusula tercera - Desembolso de aportes, del Convenio Interadministrativo de Cooperación No. 34-15-02-102 del 10 de febrero de 2015; a las deficiencias en el cumplimiento de las funciones de la interventoría la cual no realizó un adecuado control y seguimiento a la ejecución física del contrato y a la gestión antieconómica del Hospital Piloto de Jamundí E.S.E. Por lo tanto se constituye en una presunta falta al tenor del numeral 1 del artículo 34, numeral 1 del artículo 35 y el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, artículo 209 de la constitución política y el acuerdo 006 de 2.014 estatuto de contratación de la entidad, artículos 82, 83, 84 Ley 1474 de 2011; como también existe una presunta falta fiscal al presentarse un presunto



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

detrimiento patrimonial por valor de \$162.532.818, presuntamente infringiendo los artículos 5 y subsiguientes de la Ley 610 de 2000."

Se tiene que respecto de la solicitud de pruebas interpuesta dentro del recurso de reposición y subsidio apelación al fallo con responsabilidad fiscal, por **LUIS MARIO DUQUE**, apoderado de **JOSE MARÍA MARMOLEJO MENDOZA** representante legal de **CONSULITER INGENIERÍA S.A.S**; **CONSORCIO CONSTRUCCIONES 2015**, se resuelve mediante Auto 640 del 4 de diciembre de 2023, en el cual se negó parcialmente, frente a esta decisión el Abogado interpuso recurso de reposición y subsidio apelación.

Frente a ello, se remite el expediente a La Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal con el fin que, se surtiera el grado de alzada. El expediente el día 20 de diciembre de 2023 para que se desate el recurso de apelación, del cual, se avoca el conocimiento por parte de la Dirección Operativa de Responsabilidad Fiscal.

IV. ACTUACIONES PROCESALES

Según las piezas procesales que fueron remitidas por parte de la Subdirección se tiene que se surtieron las siguientes actuaciones en la audiencia de descargos celebrada el día 22 de octubre de 2019:

1. Auto N°536 del 12 de octubre de 2023 mediante el cual, se falla con responsabilidad fiscal.
2. Auto N°616 del 21 de noviembre de 2023 mediante el cual se decreta la nulidad parcial del Auto 536 del 12-10-2023. Folio 1042-1045
3. Auto N°619 del 23 de noviembre de 2023 mediante el cual se aclara y corrige. Folio 1058-1059
4. Auto N°640 del 04 de diciembre de 2023 mediante el cual se resuelve solicitud de pruebas. Folio 1073-1077
5. Auto N°670 del 18 de diciembre de 2020 mediante el cual se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el Auto 640 del 04-12-2023
6. Nota secretarial de remisión expediente. Folios 1132.
7. Nota secretarial avoca conocimiento la Dirección Operativa de Responsabilidad fiscal

V. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DEL APELANTE

Los argumentos esbozados por el recurrente son los siguientes:

- **SOBRE LA NEGATIVA DE CONCEDER UNAS PRUEBAS SOLICITADAS.**

"Argumentos para negar los recursos.

A folio 4 del Auto el Despacho cita los artículos 107 y 108 de la Ley 1474 de 2011 sobre "Preclusividad de los plazos en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y perentoriedad del decreto de pruebas en la etapa de descargos" y se fundamenta en transcripción parcial de una decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto del 29 de agosto de 2019, así como también en el principio de utilidad de la prueba para concluir que son inconducentes e impertinentes.

Considero que la interpretación dada por el Despacho al artículo 107 de la Ley 1474 de 2011 es equivocada por que textualmente dice:



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

"Los plazos previstos legalmente para la practica de las pruebas en indagación preliminar y en la etapa de investigación en los procesos de responsabilidad fiscal serán preclusivos y por lo tanto carecerán de valor las pruebas practicadas por fuera de los mismos. La practica de pruebas en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal no podrá exceder de dos años contados a partir del momento en que se notifique la providencia que las decreta. En el proceso verbal dicho termino no podrá exceder de un año".

Obsérvese que con absoluta objetividad el artículo hace expresa referencia a las pruebas en la etapa de indagación preliminar y en la etapa de investigación. En el caso concreto se hace referencia a las pruebas que se pueden practicar contra el Auto de responsabilidad fiscal y por lo tanto estas guardan estricta relación con el derecho a la defensa y el debido proceso. Igualmente, el artículo 108 se refiere al termino para decretar pruebas en la etapa de descargos.

Objeto de los recursos.

Los recursos de reposición y en subsidio de apelación regulados por la Ley están establecidos para que los presuntos responsables puedan ejercer el derecho a la defensa y el debido proceso y esto incluye que puedan solicitar aquellas pruebas que sean conducentes y pertinentes, máximo cuando no existe plena prueba que acredite con certeza la existencia del daño patrimonial ni mucho menos que se derive una culpa grave.

Es indispensable la practica de la prueba pericial por que en el Auto de responsabilidad fiscal no se precisa a que ítems se refiere el informe de la Contraloría y esta imprecisión imposibilita una adecuada defensa.

Considero de vital importancia que se decrete la prueba testimonial del Ingeniero Marmolejo y preferiblemente presencial para que se explique en forma objetiva la ejecución del contrato y en especial la decisión conforme al derecho privado de reemplazar el acta de entrega y recibo final de la obra del 22 de abril de 2016 por el acta de entrega y recibo parcial de obra Por las consideraciones anteriores solicito se revoque el artículo primero del Auto recurrido y se acceda a la práctica de la prueba testimonial y pericial"

En relación con las pruebas solicitadas por el recurrente, corresponden a las siguientes:

a) Pruebas.

Testimonial.

Solicito se cite como testigo al Ingeniero José María Marmolejo Mendoza, mayor y vecino de Cali, con C.C. No. 14.988.502 de Cali, en su condición de representante legal de la firma interventora CONSULITER INGENIERA S.A.S., a quien se le puede ubicar a través del correo electrónico: luismarioduque01@hotmail.com o en "El Plan Km3 Parcela 79 La Buitrera Cali" para que rinda declaración sobre toda la ejecución del contrato de obra pública No. 021.010.06-2015 de junio 10 de 2015 suscrito entre el Hospital Piloto de Jamundí y el Consorcio Constructores 2.015. Solicito que esta prueba se practique presencialmente" Sergio Orozco Arenas, mayor y vecino de Cali, con la C.C. No. 1.130.637.713, a quien se le puede ubicar a través del correo electrónico: luismarioduque01@hotmail.com para que rinda declaración sobre toda la ejecución del contrato de obra publica No. 021.010.06- 2015 de junio 10 de 2015 suscrito entre el Hospital Piloto de Jamundí y el Consorcio Constructores 2.015.

Pericial.

Al considerar que el 100 % de los recursos o sea los \$ 1.000 millones aportados al Hospital Piloto Jamundí ESE por el Municipio de Jamundí en cumplimiento del Convenio Interadministrativo de Cooperación suscrito entre esa dos entidades, fueron invertidos correctamente en cumplimiento de la normatidad específica del sector salud como lo certificó



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

en su momento la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, mediante oficio No 000468 del 2 de Mayo de 2.016 dirigido a la Gerencia del Hospital, solicito se designe un perito ingeniero civil para que previo análisis del expediente que corresponde al proceso SOIF – 087-2016 y en especial al Auto de responsabilidad fiscal No. 536 de octubre 12 de 2023 determine si en desarrollo del contrato de obra publica 021.010.06-2015 de junio 10 de 2015 celebrado entre el Hospital Piloto de Jamundí y la firma Consorcios Constructores 2.015 se incurrió en detrimento patrimonial e indicando si se incurrió en pagos adicionales a los determinados en el contrato.

Se sugiere que se designe un perito de la lista de ingenieros civiles que reposa en la Asociación de Ingenieros del Valle – AIV, avenida 2 Norte No. 19-105 Cali.

Documental

Solicito se oficie a la Alcaldía de Jamundí y al Hospital Piloto de Jamundí para que alleguen al proceso los conceptos jurídicos sobre el reemplazo o cambio del Acta de Entrega y Recibo Final de Obra suscrita el 22 de abril de 2016 por un Acta de Entrega y Recibo Parcial de Obra con la misma información y valores, dando origen a una primera Acta de Obra No. 1 por valor de \$577.078.893.56, documento que permitió reiniciar los trabajos en el área de urgencias

Igualmente anexo los documentos que parecen relacionados en la tabla cronología obras área de urgencias y rayos X, (folio 8 del presente memorial).

De ellas, se le concedió por la primera instancia la documental negándole la pericial y testimonial.

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A fin de resolver el asunto bajo estudio, es menester referir por parte de esta instancia en primer lugar, las normas que regulan la prueba en el proceso de responsabilidad:

Artículo 22.

Necesidad de la prueba. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.

Artículo 23

. Prueba para responsabilizar. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

Artículo 24.

Petición de pruebas. El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

Artículo 25.

Libertad de pruebas. El daño patrimonial al Estado y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos.



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18
Artículo 26.

Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Artículo 27.

Comisión para la práctica de pruebas. El funcionario competente podrá comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo.

Artículo 28.

Pruebas trasladadas. Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo con las reglas preexistentes, según la naturaleza de cada medio probatorio. Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de ley.

Artículo 29.

Aseguramiento de las pruebas. El funcionario de la Contraloría en ejercicio de las facultades de policía judicial tomará las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin podrá ordenar entre otras las siguientes medidas: disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de éstos, la retención de medios de transporte, la incautación de papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.

Artículo 30.

Pruebas inexistentes. Las pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecten los derechos fundamentales del investigado, se tendrán como inexistentes.

Artículo 31.

Visitas especiales. En la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia. Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo.

Artículo 32.

Oportunidad para controvertir las pruebas. El investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Fundamentos jurídico fundamentales en la decisión que ha adoptarse mediante este proveído.



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De acuerdo con las anotaciones realizadas mediante este escrito, se dispone el Despacho a pronunciarse sobre los argumentos que constituyen los fundamentos del recurso interpuesto por el apoderado a la negativa a decretar unas pruebas solicitadas.

Una vez, analizado el expediente y los motivos de inconformidad presentados por los recurrentes éste Despacho procede a considerar el caso de la siguiente manera:

• **SOBRE EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y SU FINALIDAD.**

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5° de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales *"establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma"*. Ha dicho la Corte Constitucional que el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que el de garantizar el patrimonio económico estatal, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar *"la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho"* (Sentencia C-832 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil), en los términos de lo estatuido por los artículos 2° y 209 de la Constitución Política.

La Ley 610 de 2000 (complementada por la Ley 1474 de 2011) reguló la figura de la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño al patrimonio del Estado.

La definición se encuentra en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, que dispone:

"Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado".

Por su parte, la responsabilidad fiscal se sujeta a un proceso especial regulado por las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011, y es a través del artículo 4 que se define el Objeto de la Responsabilidad Fiscal como:

"Artículo 4°. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal."

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad."

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia 619 de 2002 ha precisado el significado de la responsabilidad fiscal así:



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

*"La responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, **buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir** como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos—incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado." (Se destaca).*

Es pertinente recalcar que el artículo 22 de la misma Ley 610 de 2000, establece sobre la Necesidad de la Prueba como fundamento de las decisiones que se adopten en el proceso de Responsabilidad Fiscal, que en tal sentido prescribe:

"Artículo 22. Necesidad de la prueba. Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso."

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia SU- 620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, examinó las principales características de los procesos por responsabilidad fiscal, destacando lo siguiente:

"(...) En el trámite del proceso en que dicha responsabilidad se deduce se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso, debidamente compatibilizadas con la naturaleza propia de las actuaciones administrativas, que se rigen por reglas propias de orden constitucional y legal, que dependen de variables fundadas en la necesidad de satisfacer en forma urgente e inmediata necesidades de interés público o social, con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.), a través de las actividades propias de intervención o de control de la actividad de los particulares o del ejercicio de la función y de la actividad de policía o de las que permiten exigir responsabilidad a los servidores públicos o a los particulares que desempeñan funciones públicas. En tal virtud, la norma del art. 29 de la Constitución, es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (...)"

De lo anterior, este Despacho encuentra que, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal, los elementos materiales de prueba deben ser conducentes pertinentes y útiles, de tal forma que, deben estar dirigidos a probar la existencia o no de los tres elementos de la responsabilidad y es una carga que no sólo la tiene el estado sino también los sujetos procesales.

• **SOBRE LA NEGATIVA DE CONCEDER UNAS PRUEBAS SOLICITADAS.**

1. Frente a las pruebas documentales negadas.

El Abogado solicita en su recurso de reposición contra el fallo con responsabilidad fiscal la práctica de una prueba pericial como indispensable en la que, sugiere sea realizada por un Ingeniero de la lista de peritos de la Asociación de Ingenieros del Valle-AIV.



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

Frente a esta petición este despacho advierte, que, de una parte, dentro de la libertad de pruebas, los sujetos procesales podrán presentar dictámenes periciales necesarios como elemento material de prueba, es decir, que su representado pudo haberla realizado, contratar al perito y aportarla, dentro de la oportunidades procesales para hacerlo, toda vez, que este derecho lo podrá ejercer una vez, notificado del Auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal o en la imputación y no esperar a que la primera instancia profiriera el fallo con responsabilidad fiscal para recurrirla y solicitarla y de otra parte, que, dentro del proceso se evidencia que se practicó una prueba como es el apoyo técnico, regulado por el Art 117, Ley 1474 de 2011: “... **Informe Técnico.** Los órganos de vigilancia y control fiscal podrán comisionar a sus funcionarios para que rindan informes técnicos que se relacionen con su profesión o especialización. Así mismo, podrán requerir a entidades públicas o particulares, para que en forma gratuita rindan informes técnicos o especializados que se relacionen con su naturaleza y objeto. Estas pruebas estarán destinadas a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso. El informe se pondrá a disposición de los sujetos procesales para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, por el término que sea establecido por el funcionario competente, de acuerdo con la complejidad del mismo...”

Tal como, la norma lo faculta fue realizado el apoyo técnico por la entidad y previamente a su ejecución se les notificó y comunicó la visita a la obra, la comisión de un profesional en la ingeniería civil con experticia en obras públicas, quien realizó el análisis probatorio obrante en el expediente, como en sitio, prueba que fue decretada de oficio notificada y junto con la comisión puesta en conocimiento de las partes como el respectivo informe técnico, con el fin que las partes tuvieran conocimiento de él y ejercieran el derecho de contradicción, oportunidad en la que debió pronunciarse el recurrente y pedir aclaración, corrección o ajuste al mismo. folio 407-414

Lo anterior significa que el *Informe Técnico* se trata de un medio de prueba donde un especialista o un profesional en un área determinada que amerita un conocimiento técnico -en este caso ingeniero civil, ajeno al jurídico recauda evidencias (documentales, testimoniales, analiza cifras, mediciones y demás datos), realiza actuaciones-visita al sitio-obra, también que, la persona que se encarga de su elaboración puede ser un funcionario de la Contraloría o de cualquier entidad pública o privada, en el mismo sentido, esta prueba se encuentra destinada a **demostrar los hechos que interesen al proceso**, el estatuto anticorrupción como antes se indicó, establece que para que un informe técnico pueda darse validez de plena prueba en el proceso, debe correrse traslado a las partes, para que ejerzan su derecho de contradicción y defensa, como en efecto y en su momento se hizo dentro del proceso identificado con el consecutivo SOIF-086-2016, esto significa, que el procedimiento establecido por la ley 1474 del 2011 se centra en que el investigado pueda solicitar la aclaración, complementación o ajuste del informe técnico, es decir, que una vez conocido el referido informe y en ejercicio del derecho de contradicción se pueda formular reparos al mismo y esta objeción se resolvió cuando la se expidió el Auto No. 447 del 9 de septiembre de 2022 y Auto 541 del 19-10-2022, valga la oportunidad para aclarar que un vez, surtida la etapa de traslado del informe técnico, este se convierte en plena prueba dentro del proceso de responsabilidad fiscal. Folios 432-445.480-497

Es tan cierto lo anterior, que el señor José María Marmolejo Mendoza, ejerció su derecho a la defensa realizando contradicción al mismo, encontrando este despacho innecesario practicar un dictamen pericial, existiendo un informe técnico inicial y después complementado producto del apoyo técnico realizado por un profesional con experticia. De otra aparte, se reitera que los sujetos procesales pueden aportar pruebas periciales, sin que lo hubieran hecho, así lo indica el artículo 218 de la Ley 1437 de 2011: “... **Prueba pericial.** La prueba pericial se registrará por las normas establecidas en este código, y en lo no previsto por las normas del Código General del Proceso



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

Las partes podrán aportar el dictamen pericial o solicitar al juez que lo decrete en las oportunidades establecidas en este código. ..." Folios 446-460

De tal forma, que, habiendo tenido una oportunidad procesal, ejercido el derecho de contradicción y existiendo una prueba, que no se llama dictamen pericial, pero si apoyo técnico, que ofrece el conocimiento necesario a la primera instancia frente a los hechos y tomar la decisión respectiva, este despacho considera, que no le asiste razón al recurrente para solicitar dicha prueba, pues como se dijo ya existe una decretada, ordenada y practicada en forma legal.

En cuanto a la prueba testimonial,

En relación con esta prueba ha sido definida como: "una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso, sin embargo y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez, que previo a tomar cualquier decisión respecto a la solicitud de prueba alguna por las partes, se deberá analizar para concederla si aquella, es conducente, pertinente y útil.

Es de advertir que, en reiteradas ocasiones, la Subdirección operativa de Investigaciones Fiscales, invitó a los sujetos procesales a rendir versión libre como mecanismo de ejercer la defensa, frente a ello, se evidencia dentro del proceso, que el señor José María Marmolejo Mendoza, presentó segundo memorial de descargos, remitido mediante correo electrónico del 28 de diciembre de 2022, a la cuenta Procesosfiscales@contraloriavalledelcauca.gov.co, en la cual hace exposición de los hechos y ejerce su defensa, entonces, frente haber ejercido su derecho a la defensa, mal podría la primera instancia decretar una prueba testimonial, que esta sometida al apremio del juramento y desconocer que está prohibido en el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, auto inculparse puesto que, la prueba testimonial se recepciona bajo la gravedad del juramento lo que, no ocurre con la versión libre que es libre de apremio: **Artículo 33.** *Nadie podrá ser obligado a declarar contra si mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.* Folio 526-534

De otra parte, encuentra este Despacho que el Artículo 167 del Código General del Proceso, ha establecido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen:

"Artículo 167. Carga de la prueba. *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares."

Tal disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2016, Magistrado Ponente JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, que frente a la carga dinámica de la prueba expresó:



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

"(...) Carga dinámica de la prueba, deberes de las partes y atribuciones del juez como director del proceso

6.1.- Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio "onus probandi", el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a "la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero". En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

"En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan".

Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, "las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes". (Subrayado fuera del texto original)

En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del "onus probandi" fue consagrado en el centenario Código Civil. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

el efecto jurídico que ellas persiguen”, con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas.

6.2.- Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas)^[87]. Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”.

Todas ellas responden por lo general a “circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”, donde el traslado de las cargas probatorias “obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”.

6.3.- Con todo, el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del “*onus probandi*”. Fue entonces cuando surgió la teoría de las “cargas dinámicas”, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar al postulado “quien puede debe probar”.

La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo –no el único–, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas:

“Ciertamente es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la improbable tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito”.

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.

6.4.- Como quiera que la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico, como de la Corte



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Esta última, por ejemplo, hizo referencia expresa a criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad.

6.5.- *Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado– en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.*

En efecto, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha destacado la necesidad de activar la función directiva del juez no solo para decretar pruebas en forma oficiosa sino para redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales. (...)

Es por ello que, frente a las consideraciones antes expuestas y teniendo en cuenta, que los elementos probatorios en el proceso de responsabilidad fiscal se encaminan a establecer los elementos de la responsabilidad fiscal (daño, conducta dolosa o gravemente culposa y nexo causal) este despacho en encuentra que los argumentos esgrimidos por el recurrente frente al auto que niega parcialmente la solicitud de pruebas, no dan lugar a considerar que, las pruebas solicitadas y negadas parcialmente por la primera, sean necesaria, conducentes y pertinentes, para desvirtuar los tres elementos de la responsabilidad fiscal, al existir evidencias probatorias. Por ende, este Despacho considera que tales pruebas no cumplen con los requisitos de ser pertinente, útil y conducente para el proceso, que conduzcan a la revocatoria del Auto N°640 del 4 de diciembre de 2023

Por todo lo anterior, este Despacho procederá a confirmar el Auto N°640 del 4 de diciembre de 2023 mediante el cual se resuelve solicitud de pruebas.

En razón a ello, en calidad de Instancia de Apelación de acuerdo a lo previsto en la Ley 1474 de 2001, Ley 610 de 2000, la Ley 1437 de 2011, la Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal;

VIII. RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: **CONFIRMAR** en todas sus partes el Auto N° Auto N°640 del 4 de diciembre de 2023, mediante la cual resuelve la solicitud de pruebas dentro del Proceso ordinario de Responsabilidad Fiscal, identificado con el radicado N°SOIF-087-2016 de acuerdo a los argumentos sustentados en precedencia.

ARTÍCULO SEGUNDO **NOTIFICAR** mediante fijación en Estados Electrónicos y en la cartelera de la Contraloría Departamental, lo aquí dispuesto a los señores: 1) **JAIME HERNÁNDEZ VASQUEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 14.210.453, en calidad de Gerente del **HOSPITAL PILOTO JAMUNDI**, para la época de los hechos a correo electrónico: jaimehernandezips@yahoo.com y su Apoderada de confianza **CONSTANZA HERNANDEZ VASQUEZ** al correo electrónico: derambiental@yahoo.es, **SERGIO OROZCO ARENAS**, identificado con la cédula de ciudadanía, N 1.130.637.713, en calidad de Representante legal del **CONSORCIO 2015** al correo electrónico: admigeogroup@gmail.com y a su Apoderado de confianza **LUIS MARIO DUQUE** al correo electrónico luismarioduque01@hotmail.com, al **CONSORCIO CONSTRUCTORES 2015**, identificado con Nit



DIRECCIÓN OPERATIVA DE RESPONSABILIDAD FISCAL

135-23.18

900.857.022-5 en calidad de contratista a través de su Abogado de Oficio el estudiante DENNER CAICEDO ESTUPIÑAN al correo electrónico: dennercaicedo@unilibre.edu.co a JOSÉ MARÍA MARMOLEJO MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.988.502 expedida en Cali - Valle, Representante Legal de la compañía CONSULINTER INGENIERIA S.A.S, en calidad de interventor al correo electrónico: josemariamarmolejo@yahoo.com y a su Apoderado de confianza LUIS MARIO DUQUE al correo electrónico: luismarioduque01@hotmail.com, a CONSULINTER INGENIERIA SAS, identificada con el Nit900.448.719-5 entidad que realizó la interventoría al contrato de obra pública No 021.010.06-2015, al correo electrónico: josemariamarmolejo@yahoo.com y a su apoderado de oficio, la estudiante EMILI NATALIA NARVAEZ LOPEZ al correo electrónico: emili.narvaz00@usc.edu.co, a DIEGO ALBERTO GALARZA CERON identificado con la cédula de ciudadanía N° 76.328.741 en calidad de Secretario de Infraestructura Física, y Supervisor de la obra y a su apoderado de oficio el estudiante NHORA GISELA MUÑOZ HURTADO al correo electrónico: nhoramunoz26@suramericana.com.co, Compañía de seguros LIBERTY SEGUROS S.A. identificada con NIT N° 860039988-0 y a su apoderado de confianza EDGAR ZARABANDA BELTRAN al correo electrónico: notificaciones@zarabandabeltran.com, SURAMERICANA S.A., identificada con NIT N° 811036875, representada por el Abogado de Confianza GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA, identificado con la cedula de ciudadanía N° 19.395.114, Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura al correo electrónico: notificaciones@gha.com.co, de conformidad con el artículo 106 de la ley 1474 de 2011, y enviando el estado por correo electrónico a los sujetos procesales que hayan aportado dirección electrónica para Notificaciones en el proceso.

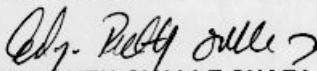
ARTÍCULO CUARTO:

Contra la presente decisión no proceden recursos.

ARTÍCULO QUINTO:

Devuélvase el Expediente a la Oficina de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA RUTH OVALLE SUAZA

Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal

NOTIFICACION POR ESTADO

ESTADO N° 185

22-12-2023

Wendy River



